Die Ehelichkeit des Kindes und ihre Anfechtung nach Gemeinem Rechte und B. G.-B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer hohen Juristen-Fakultät

der

Grossherzogl. Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

CARL SCHMIDT

Kammergerichts-Referendar a. D.

BERLIN S. 59.

BRESLAU

Druck von Theiner & Meinicke, Hoflieferanten

1903.

Die Ehelichkeit des Kindes und ihre Anfechtung nach Gemeinem Rechte und B. G.-B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer hohen Juristen-Fakultät

der

Grossherzogl. Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

CARL SCHMIDT

Kammergerichts-Referendar a. D.

BERLIN S. 59.

BRESLAU

Druck von Theiner & Meinicke, Hoflieferanten

1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0009

Meinem lieben Vetter

Kurt Wolfgang Straehler

zugeeignet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1: Aufgabe 1

Erster Abschnitt: Der Begriff der Ehelichkeit.

§ 2: Abstammung 3
§ 3: Die leges 5 Dig. 2, 4; 12 Dig. 1, 5; 3 § 11 und § 12 Dig. 38, 16 und ihr Zusammenhang 5
§ 4: B. G.-B., § 1591, Absatz 1, Satz 1 und Absatz 2; § 1592, Absatz 1 14
§ 5: Notwendigkeit und Charakter der gesetzlichen Empfängniszeit . 20

Zweiter Abschnitt: Die Anfechtung der Ehelichkeit.

A. Materielles Anfechtungsrecht.

§ 6: I. Der Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung im allgemeinen 27
II. Widerlegung der präsumierten Ehelichkeit im einzelnen:
§ 7: l. 6 Dig. 1, 6 und die gemeinrechtlichen Kontroversen 29
§ 8: B. G.-B., § 1591, Absatz 1, Satz 2: die „offenbare" Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann 38
§ 9: Widerlegung aus dem Reifegrade des Kindes 43

B. Formelles Anfechtungsrecht.

§ 10: I. Der Stand der Lehre im Gemeinen Rechte 49
II. Die Lehre nach B. G.-B.:
§ 11: Die Geltendmachung der Unehelichkeit 53
§ 12: Erlöschen der Anfechtungsbefugnis des Ehemannes durch Zeitablauf oder Anerkennung 60
§ 13: Rechtsverhältnis während des Prozesses, Wirkung des Urteils und prozessuale Sonderheiten 67

Schluss.

§ 14: Wiederverheiratung der Frau vor Ablauf der gesetzlichen Wartezeit (B. G.-B., § 1600) 70

Litteraturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 1886.

Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl., 1867.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886.

Blätter für Rechtsanwendung.

Boehm, das Vormundschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1899.

Boschan, Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis, 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1873.

Buchka, vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des Gemeinen Rechts, 2. Aufl., 1898.

Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechtes.

Büngner, zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht.

Burckhard, die civilistischen Präsumtionen.

Centralblatt für Gynäkologie.

Cocceji, ius civile controversum.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 3. Aufl., 1901.

Crome-Zachariae, Lehrbuch des französischen Civilrechts.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1896, Berlin.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 7. Aufl., 1900.

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht, 2. Aufl, 1901.

Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Aufl., 1900.

Fraenkel, das Familienrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Foerster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts.

Fuchs, die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft nach römischem und neuerem Rechte.

Gellius, noctes Atticae.

Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten.

Hachenburg, das B. G.-B. für das deutsche Reich, Vorträge, 1898.

Henke, gerichtliche Medizin.

Heymann, Verwandtenerbfolge.

Hirsch, die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Keller, Pandekten, 2. Aufl., 1867.

Knitschky, das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern.

Koch, Kommentar zum preussischen Landrecht, 3. Aufl.

Koch, Ist das vor der Eheschliessung konzipierte, in der Ehe geborene Kind ein eheliches oder legitimiertes? Inaug.-Diss., Breslau, 1897.

Krückmann, Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl.

Kuhlenbeck, von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1898.

Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart.

Mantey, die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter, 1897.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 1900.

Menger, das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888.

Opet, das Verwandtschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.

Plank, Kommentar zum B. G.-B., 1. und 2. Aufl., 1901.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G.-B., 1897.

Real-Encyclopaedie der gesamten Heilkunde.

Regelsberger, Pandekten, 1893.

Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen.

Roth, System des deutschen Privatrechts, 1881.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1841.

Scherer, Familienrecht des B. G.-B., 1900.

Schmidt, das preussische Familienrecht nach dem A. L.-R.

Schürmayer, gerichtliche Medizin.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen, 1847 ff.

Sicherer, Personenstand und Eheschliessung, 1879.

Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft, 1900.

Staudinger, Kommentar zum B. G.-B., 1899.

Stintzing, in Iherings Jahrbüchern.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1. und 2. Aufl.
Stölzel, Recht der väterlichen Gewalt, Pr. Just. Min. Bl., 1874.
Wächter, commentationis de partu vivo non vitali partes V.
Wächter, Pandekten, 1881.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Jg. 1883.

§ 1: Aufgabe.

Über eine Rechtsmaterie, die wie keine zweite in Theorie und Praxis eine hart umstrittene gewesen ist, sich zu verbreiten, kann nie als verlockend erscheinen im Hinblick auf den reichlichen Stoff, der sich bei Untersuchung der Frage bietet, zum andern aber auch grosse Bedenken erregen, wenn man die Erwägung anstellt, dass eine derartige Abhandlung, mag sie zwar hier und da klärend wirken, vielleicht geeignet ist, die Kontroversen noch weiter auszudehnen.

Wenn Verfasser trotzdem sich eine Erörterung dieser Anfechtungslehre zur Aufgabe gemacht hat, so schwebte ihm die eminente Bedeutung vor Augen, die diesem so ungemein praktischen Thema zukommt; und vor einer solchen Erwägung mussten alle Bedenken schwinden.

Durch seine Geburt tritt der Mensch in die Rechtsgemeinschaft ein. Das Menschwerden schafft sogleich Rechtsbeziehungen, die naturgemäss zunächst und notwendigerweise mit jenen Personen geknüpft werden, von denen man seine Entstehung herleitet: den Eltern. Auf diesem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind bauen sich die weiteren Rechtskreise auf. Als Grundlage für das Rechtsleben des einzelnen Menschen gebührt dem Abstammungsverhältnis ernste Aufmerksamkeit seitens jeder Rechtsordnung. Dabei ist es im Prinzip gleichgültig, ob sich das Verwandtwerden bestimmter Personen auf ehelichem Wege vollzog, oder ob es ausserehelich geschah, denn die Rechtsbeziehungen müssen hier wie da entstehen. Dass man dann allerdings den Personen ehelicher Herkunft mehr Beachtung im Rechtsleben schenkt und sie besser stellt, liegt auf der Hand. Jeder Staat, als Zusammenschluss legitimer Verwandtschaftsgruppen, ist genötigt, im eigenen Interesse einen derartigen fühlbaren Unterschied zu machen.

Bekannt sind die in jedem Rechte wiederkehrenden sogenannten Ehelichkeitsvermutungen. Zur Verhütung lästiger Beweise versieht die Rechtsordnung das Institut der Ehe mit diesem Schutze. Die Vermutungen, die das Gesetz aufstellt, entsprechen nur dem normalen Laufe der Dinge. Das Anormale darf aber und muss nachgewiesen werden, falls die Präsumtionen ihre Geltung verlieren sollen.

Für meine Abhandlung ergeben sich die beiden Abschnitte von selbst: Begriff der Ehelichkeit und Anfechtungslehre. Die Trennung des Gemeinen Rechtes von den Vorschriften des B. G.-B. erschien geraten, da beide Rechte teilweise zu sehr divergieren. Eine Berücksichtigung auch des preussischen Landrechts im Thema und dann im Texte hätte eine bedeutende Verlängerung der Abhandlung verursacht. Die wichtigsten Bestimmungen des A. L.-R., besonders die gegensätzlichen, sollen jedoch nach Möglichkeit unter dem Texte angeführt werden. Abweichende Artikel des code civil erfahren dort ebenfalls Berücksichtigung, soweit ihre Kenntnis wünschenswert erscheint.

I. Abschnitt:

Der Begriff der Ehelichkeit.

§ 2: Abstammung.

Der Wichtigkeit der Tatsache der Abstammung einer Person von einer andern steht leider die Schwierigkeit ihres Beweises gegenüber, wenigstens soweit man den Ursprung vom Vater zu ermitteln sucht, und dieser beansprucht doch im Rechte die grössere Bedeutung. Der Beweis der Herkunft von einem bestimmten Weibe ist grundverschieden vom Beweise der Erzeugung durch einen bestimmten Mann. Der Akt der Geburt ist etwas Augenfälliges und der Abstammungsnachweis lässt sich in der Regel der Fälle genau führen, da die Geburt meist von andern Personen wahrgenommen werden wird. Schwierigkeiten bietet die Beweisführung hier, wenn die Geburt heimlich vor sich ging, ferner bei Findelkindern, sowie dann, wenn Kindesunterschiebungen stattgefunden haben. Doch auch in solchen Fällen, die übrigens nur einen äusserst geringen Prozentsatz bei der Gesamtzahl der Geburten ausmachen, wird sich das Zugehören eines Kindes zu einer bestimmten Mutter vermittelst gewöhnlicher Beweisregeln feststellen lassen.[1])

Wesentlich anders verhält es sich dagegen, wenn ich die Behauptung ausspreche: N. N. ist mein Vater. Die kausale Beiwohnung, die Zeugung seitens des in Anspruch Genommenen unterliegt dem Beweise. Die Zeugung aber als physiologisches Geheimnis kann niemals direkt erwiesen werden.

[1]) l. 5 D. 2, 4: ‚Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit'.

Allerdings lässt sich jene Ansicht, die jeden Zeugungsnachweis verneint,[2]) nicht begründen. Sehr wohl ist ein eigentlicher Nachweis denkbar, wenn man ihn auch nur durch Indizien zu führen vermag. Die Erzeugung eines Kindes durch einen bestimmten Mann muss als sicher dargetan gelten, wenn z. B. erwiesen wird, dass die Mutter jenes Kindes nur mit diesem einen Manne geschlechtlichen Umgang gehabt hat. Weitere juristische Möglichkeiten für einen sicheren Rückschluss auf die Person des Erzeugers werden sich aus den späteren Ausführungen noch zur Genüge ergeben.[3])

Deutlich wird die Beweisbarkeit ausgesprochen von Modestinus in l. 23 D. 1, 5: ‚Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet'; ein Ausspruch, in welchem dem ganzen Zusammenhange nach von etwaigen schützenden Präsumtionen nicht die Rede sein kann.

Wenn Fuchs[4]) annimmt, Stintzing[5]) gehe zu weit beim Möglichhalten der Beweisführung ehelicher Vaterschaft unter den jetzigen sozialen Zuständen, so ist er meines Erachtens in allzu strenge Forderungen geraten. Wäre ein indirekter Beweis allein erfolgreich[6]) für den Fall, dass man nachwiese, die Mutter sei überhaupt nur mit dem in Frage stehenden Manne „in Berührung" gekommen, so müsste es um einen eventuellen Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung gleichfalls schlimm aussehen. Eine solche Idee schöbe ja gewisse Beweismittel, vor allem den Eid, so ziemlich beiseite. Es ist nicht einzusehen, warum man die Nichterzeugung durch einen Mann noch weiter in Zweifel ziehen soll,

---

[2]) Windscheid, I, § 56 b; Savigny, II, S. 386: „ein eigentlicher Beweis ganz undenkbar"; ähnlich Matthiass, II, S. 322; Wächter, Pand. II, S. 598: Beweis der ehelichen Geburt wird „nie geführt werden" können; Motive, IV, S. 866.

[3]) Indirekten Zeugungsnachweis geben zu: Brinz, I, S. 140; Engelmann in: Blätter f. Rechtsanw., Bd. 59, S. 4; Burckhard, S. 337: „höchst selten indirekt"; Stintzing in Iherings Jahrbüchern, Bd. 9, S. 419; Dernburg, III, S. 51, Anm. 7.: „Ein strikter physiologischer Beweis ist nicht zu führen, aber die vom Gesetze geforderte, freie richterliche Überzeugung der Wahrheit ist wohl zu gewinnen. Welche enge Grenzen hätte die Beweisbarkeit, wenn nur das bewiesen werden könnte, was vor Augen gestellt werden kann?"; Hirsch, S. 64; Endemann, II, S. 835., Anm. 8; Opet, S. 16.

[4]) S. 1, Anm. 1.

[5]) a. a. O. S., 419 ff.

[6]) Fuchs, S. 2.

wenn er zwar die „Berührung“ (Fuchs versteht darunter jede Zusammenkunft) mit der Mutter des Kindes zugeben muss, eidlich aber die geschlechtliche Vereinigung mit ihr in Abrede gestellt hat.

Nach alledem kann es nicht zweifelhaft sein, dass Bährs[7]) Worte: „Um den Beweis der Zeugung überhaupt möglich zu machen, hat das Recht zu bestimmten Präsumtionen und Fiktionen seine Zuflucht nehmen müssen“ als durchaus verfehlt anzusehen sind. Das konnte nicht das Motiv für jene Präsumtionen (nicht Fiktionen) abgeben. Die Schwierigkeit des jedesmaligen Nachweises allein und vornehmlich der Gedanke, dass damit nur das Normale zum Ausdruck komme,[8]) liess ihre Aufstellung als gerechtfertigt erscheinen; übrigens lässt es sich nicht leugnen, dass auch ohne gesetzliche Präsumtionen jedermann das annehmen würde, was in ihnen ausgesprochen ist.

§ 3: Die leges 5 Dig. 2, 4; 12 Dig. 1, 5; 3 § 11 und § 12 Dig. 38, 16 und ihr Zusammenhang.

Die Tatsache, dass alle Rechtsordnungen sogenannte Ehelichkeitsvermutungen aufstellen, ist zur Genüge angedeutet worden. Wenn aber solche Annahmen in die Rechtsordnung eingereiht werden, so ist es die Pflicht des Gesetzgebers darauf zu achten, dass er die Interessen der zunächst Beteiligten, der Eheleute, in zweckentsprechender Weise abwägt. Sehen wir von den positiven Bestimmungen ab, so wird jene Annahme als vollkommen gerechtfertigt gelten müssen, dass Kinder, die mitten in der Ehe zur Welt kommen, vom Ehemanne herrühren. Aber auch Kinder, die kurz nach Eingehung der Ehe geboren werden, schreiben wir mit Fug und Recht dem Ehemanne zu, der ja zweifellos vom Zustande seiner Frau unterrichtet gewesen sein wird und die Ehe bei etwaiger Nichtvaterschaft schwerlich abgeschlossen hätte. Das Gleiche gilt von den Kindern, die die gewesene Ehefrau eine gewisse Zeit nach Lösung der Ehe gebar. Wie verhält sich nun das positive Recht zu den Vermutungen?

An die Spitze der Lehre vom Beweise der Ehelichkeit des Kindes ist im römischen Rechte der bekannte Ausspruch des

---

[7]) S. 202.

[8]) Fuchs, S. 4: „die formulierte Alltäglichkeit.“

Paulus in l. 5 D. 2, 4: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' zu setzen. Um der Bedeutung dieses Satzes gerecht zu werden, bedarf es einer längeren Erörterung.

Aus ihm erhellt zunächst ein sehr bemerkenswerter Unterschied zwischen römischen Rechtsempfinden und dem moderner Zeit: Nur das Kind, welches mit Hülfe einer vorhandenen Ehe einen Vater zu demonstrieren vermag, bekommt auch einen solchen; uneheliche Kinder bleiben juristisch vaterlos.[9]) Weiter aber enthält die Quellenstelle die allerallgemeinste Präsumtion, die sich denken lässt: Als Vater des von einer Ehefrau geborenen Kindes gilt ihr Ehemann.[10])

Die Worte: ‚P. v. i. e., q. n. d.' sollen besagen, man vermutet, dass unter Eheleuten geschlechtlicher Umgang stattfindet, und dass die ehemännliche Beiwohnung für die Empfängnis des Kindes kausal ist.

Wenn nun zwar Paulus' Worte auf den ersten Blick von grosser Weitherzigkeit zu zeugen scheinen — an und für sich heisst ja der Satz auch: Der Ehemann gilt selbst dann als Vater des Kindes, wenn es von der Ehefrau gleich nach Eheabschluss geboren wird — so darf man nicht übersehen, dass im klassischen römischen Rechte unbestritten[11]) das Prinzip der Ehelichkeit durch Konzeption gegolten hat; zur Ehelichkeit wurde Konzeption in der Ehe, nicht blosse Geburt in derselben gefordert. Will man dieses Prinzip mit der Quellenstelle in Einklang bringen, so wird jenem Satze der Sinn gegeben werden müssen: Wir vermuten die Beiwohnung seitens des Ehemannes, wir nehmen die Zeugung des Kindes seiner Ehefrau durch ihn an, aber wir nehmen auch an,

---

[9]) § 12 Inst. 1, 10: ‚Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum is etiam incertus est.' Denselben Standpunkt vertritt noch heute der code civil, der in a. 340 kurz bestimmt: ‚La recherche de la paternité est interdite.'

[10]) Wie Schmidt, S. 471, behaupten kann: Das römische Recht kenne überhaupt keine praesumtio legitimitatis, obiger Satz besage lediglich, nur in der Ehe käme eine Vaterschaft vor, ist mir unverständlich; Engelmann, a. a. O., S. 18, unterschätzt auch die Bedeutung der Quellenstelle.

[11]) Koch, Inaug.-Diss., S. 9; pr. Inst. 1, 9: ‚In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus'; l. 6 Dig. 1, 6: ‚Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur' (nasci = erzeugt werden).

dass diese Zeugung während des Bestehens der Ehe stattgefunden hat.[12]) ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' soll zunächst schlechthin Geltung haben, weil auch die Zeugung während der Ehe präsumiert wird.

Die Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller wird leider diesem Sinne der Paternitätspräsumtion nicht gerecht. Anstatt dem Satze: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' die ihm gebührende primäre Stellung in der Lehre vom Beweise ehelicher Abstammung zukommen zu lassen, ist man dahin gelangt, grundsätzlich seine Anwendung von l. 12 D. 1, 5 rsp. l. 3 § 12 D. 38, 16, wo von der gesetzlichen Fixierung kürzester Schwangerschaftsdauer die Rede ist, abhängig zu machen, ihn also gänzlich in den Hintergrund zu drängen.[13]) Obwohl im Grunde genommen eine solche Anwendungsbeschränkung praktisch kein anderes Ergebnis zeitigen kann, da die Präsumtion: ‚P. v. i. e., q. n. d.' im Falle der Geburt eines Kindes gleich nach Eheabschluss durch den einfachen Hinweis auf die kurze Dauer der Ehe hinfällig werden muss, so ist die Beschränkung dennoch theoretisch eine verfehlte zu nennen. Die Paternitätspräsumtion soll primo loco ganz allgemein ohne nähere Untersuchungen angewendet werden.

Geht man nun genau nach dem Wortlaute der l. 5, so kommt die Präsumtion nur zur Anwendung für Kinder, die während des Bestehens der Ehe geboren wurden, nicht aber auch für solche, die nach ihrer Auflösung zur Welt kommen, da letztere doch nicht nuptias demonstrieren können. Merkwürdigerweise aber haben die Gegner der hier entwickelten Ansicht von der primären Stellung der Vaterschaftspräsumtion das, was sie vorn beim Beginnen der Präsumtion fortnehmen zu müssen glaubten, am Ende bei ihrem Aufhören wieder anzufügen für gut befunden: ‚Pater est, quem

---

[12]) Stintzing, a. a. O., S. 418: Nicht etwa, als Vater gilt, wer zur Zeit der Zeugung Ehemann der Mutter gewesen ist; im obigen Sinne auch: Regelsberger, I, S. 277; Koch, Inaug.-Diss., S. 22; Glück, Bd. 28, S. 109 im Widerspruch mit Bd. 2, S. 105; ähnlich Bülow, Teil 2, XXXI; zu weitgehend Wendt, S. 39: ‚P. v. i. e., q. n. d.' soll ausdrücken, der Ehemann gilt als Erzeuger aller von seiner Ehefrau während der Ehe geborenen Kinder. (Vor Erzeuger fehlt das Wort: ehemännlicher.)

[13]) so: Arndts, § 39; Keller, II, S. 215; Glück, II, S. 105 im Widerspruch mit Bd. 28, S. 109; Windscheid, I, § 56 b., Kuhlenbeck, I, S. 158; von Schriftstellern des bürgerlichen Rechtes: Matthiass, II, S. 322; Buchka, S. 330.

nuptiae demonstrant' gilt so lange, bis der äusserste Termin (300 Tage nach Lösung der Ehe, doch davon unten) verstrichen ist. M. E. kann eine solche Ausdehnung einzig und allein auf einem Umwege hergestellt werden, den der Wortlaut uns zu nehmen zwingt. Ich beweise meine Konzeption noch während der Ehe, wobei mich eine andere Präsumtion unterstützt; dann heisst es wieder: Was in der Ehe erzeugt worden ist, gilt als vom Ehemanne erzeugt, denn seine Beiwohnung wird angenommen, aber auch Kausalität derselben, also gelte ich als eheliches Kind des gewesenen Ehemannes.

Im Anschluss an diese wichtige Paternitätspräsumtion ist jene Frage zu erörtern, ob denn nicht das Prinzip der Ehelichkeit durch Konzeption im späteren römischen Rechte aufgegeben wurde und man zum Prinzip der Ehelichkeit durch blosse Geburt während der Ehe übergegangen, dem Satze: ‚Pater est, quem nuptiae demonstrant' demnach von nun an der erweiterte Sinn beizulegen ist, der seinen Worten allein ganz gerecht wird: Als ehelicher Vater eines jeden, auch des gleich nach Eheabschluss geborenen, Kindes gilt der Ehemann der Mutter, weil das Kind als eheliches angesehen wird. Die Änderung des Prinzips wird von verschiedenen Seiten behauptet.[14]) Eine Stütze dieser Behauptung soll bieten c. 11 § 4 Cod. 5, 27. Aber die Ansicht entbehrt jeder Begründung. Die Kodexstelle kann nicht die Bedeutung haben, die man ihr beilegt. In der genannten Stelle ist von zweifelhaften Statusfällen die Rede. Das Prinzip der Ehelichkeit durch Konzeption war aber nicht zweifelhaft, es konnte demnach gar nicht tangiert werden. Es handelt sich l. c. darum, ob vorehelich konzipierte Kinder einer Konkubine legitimiert werden können. Die Antwort lautet: Bei Nichtvorhandensein von Kindern aus der Ehe solle man hier auf den Zeitpunkt der Geburt sehen, die Legitimation also statthaft sein. Damit wird doch aber nicht das Prinzip der Ehelichkeit durch blosse Geburt in der Ehe aufgestellt! Im Gegenteil, c. 11 ist eine erneute Anerkennung des gegenteiligen Prinzips.[15]) Aus

[14]) Regelsberger, I, S. 278, Anm. 11; Wendt, S. 39; Bekker, § 56, Beilage I; Fuchs, S. 40; Wächter, Pand. II, S. 598: Das vorehelich gezeugte Kind sei ‚legitime natus', nicht durch nachfolgende Ehe legitimiert; aus der Praxis: Seuffert, VIII, No. 344; dagegen: Seuffert, XI, No. 10; Roth, II, S. 279, Anm. 20.

[15]) Auch auf Nov. 89 c. 8 § 1 beruft man sich bei Befürwortung des Prinzips der Ehelichkeit durch Geburt. In dieser Novelle wird aber gerade

der constitutio Justinians geht ferner hervor, dass die Legitimation p. s. m. sich nur auf Konkubinenkinder erstrecken konnte. Hierin hat erst das kanonische Recht Wandel geschaffen, welches in c. 1. 6. X. qui filii sint legitimi 4, 17 den im römischen Rechte unter den unehelichen Kindern hinsichtlich der legitimatio p. s. m. bestehenden Unterschied beseitigte.

Wenn Dernburg[16]) ehelich die Kinder nennt, die in der Ehe von den Ehegatten erzeugt sind, dann aber auch die in der Ehe von der Ehefrau geborenen und vom Ehemann vor der Ehe erzeugten, so spricht aus einer solchen Definition der Geist neuer Anschauungen, denen die voreheliche Beiwohnung des späteren Ehemannes nicht befremdend erscheint. Dafür zeugen auch alle neueren Gesetzgebungen. Eine solche Idee aber, dass die Eheleute vor dem Eheabschlusse geschlechtlichen Umgang gehabt haben, war dem römischen Rechte fremd geblieben; in den Quellen wird demnach das Prinzip der Ehelichkeit des Kindes durch blosse Geburt während der Ehe nie seine Begründung finden können.

Oben war dargetan worden, dass der Satz: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' auch ohne Aufgeben seiner primären Stellung in der Beweislehre bezw. Beschränkung durch l. 12 D. 1, 5 und l. 3 § 12 D. 38, 16 in Übereinstimmung mit dem römischrechtlichen Prinzipe der Ehelichkeit durch Konzeption gebracht werden kann. Es ist nunmehr unsere Aufgabe, letztere Quellenstellen, sowie l. 3 § 11 D. 38, 16 näher in Betracht zu ziehen.

Paulus sagt in l. 12 D. 1, 5:[17]) Die Autorität Hippokrates nimmt an, ein partus könne im siebenten Monat perfectus sein; daher nehmen wir an, dass ein filius, der ex iustis nuptiis im siebenten Monate ihres Bestehens geboren ward, iustus d. h. ehelich oder in der Ehe konzipiert sei.

Der Jurist beruft sich auf den Mediziner; weil dieser eine Geburt schon im siebenten Monat nach der Konzeption gemäss seiner Erfahrung für durchaus möglich hält, benützt das jener, um

---

ein Unterschied gemacht zwischen Kindern, die erst zu rechtmässigen gemacht werden, und solchen, die es von Anfang an sind (‚ab initio legitimi'). Dieser Unterschied würde sich doch wohl erübrigen, wenn man beide Kategorien grundsätzlich gleichstellte.

[16]) Pand., III, S. 51.

[17]) ‚Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse'.

den Kindern einen so weit gehenden Schutz zu gewähren. Wie will nun Paulus seine Worte verstanden wissen? Denn deren richtige Auslegung hat grosse Bedeutung, auch für die Lehre vom Gegenbeweise gegen die Präsumtion: ‚P. v. i. e., q. n. d.' „Ein im Rechtssinne reifes Kind" nennt Engelmann[18]) ‚partus perfectus'. Diese Auslegung könnte zusagen, aber die Konsequenzen, die daraus gezogen werden, sind irrig.[19]) Unmöglich aber kann man behaupten, Paulus hätte unter perfectus ‚ausgetragen' verstanden oder ‚vollreif'. Er betont doch ausdrücklich: ‚Receptum est propter auctoritatem Hippocratis', wie sollte er da behaupten wollen, ein Kind sei nach sechs Monaten schon ausgetragen, und gleichzeitig die medizinische Wissenschaft anrufen? Dass man jedoch schon zu seiner Zeit gewusst hat, dass die Schwangerschaften regelmässig länger als sechs Monate dauern, bleibt doch über allen Zweifel erhaben.

Man kann bei der Übersetzung des Wortes nur wählen zwischen ‚lebend' und ‚lebensfähig'. Im ersteren Sinne legt Savigny[20]) perfectus aus; partus perfectus: lebendes, besser lebend zur Welt kommendes Kind im Gegensatze zum totgeborenen, nicht zum abortus, da unter abortus doch jegliche Frucht zu verstehen ist, deren Entwicklung eine Unterbrechung, sei es nun künstlich, sei es natürlich, erlitten hat, und die Frucht in solchen Fällen doch nicht immer tot auf die Welt kommen muss. Im letzteren Sinne: Partus perfectus sei gleichbedeutend mit partus vitalis, finden wir Paulus' Worte interpretiert von Glück[21]) Koch[22]) und besonders von Wächter.[23]) Ich schliesse mich gleichfalls dieser Auslegung an,[24]) denn ich sehe keinen Grund ein, der Paulus, falls er nur an Leben und nicht an Lebensfähigkeit gedacht hat, veranlasst haben könnte, für blosses Lebendgeborenwerden dem partus das Beiwort perfectus und nicht vivus zu geben, zumal das blosse Leben bei der Geburt den partus noch lange nicht zum perfekten zu machen imstande ist.[25])

---

[18]) Bl. f. Rechtsanw., Bd. 59, S. 36.

[19]) vgl. § 9 der Abhandlung.

[20]) II, S. 388, Anm. e; ebenso Fuchs, S. 25.

[21]) Bd. 28, S. 110.

[22]) Inaug.-Diss., S. 48.

[23]) Comm. de partu vivo non vitali, § 6.

[24]) Heute wird niemand mehr leugnen, dass ein Kind nach 6 Monaten lebend zur Welt komme: Centralbl. f. Gynaekol., XIII, S. 11.

[25]) Gegensatz Fuchs, S. 32: „Weder aus dem Worte ‚perfectus', noch aus dem Kontexte, in dem es hier gebraucht wird, ergiebt sich, dass es ‚lebensfähig' heisst."

Die medizinische Wissenschaft hat jedenfalls damals den Glauben gehegt, eine Frucht, die im Anfange des siebenten Monates vom Mutterleibe getrennt werde, sei fähig, Leben und Entwicklung für sich fortzusetzen; ob wir das heutzutage noch annehmen können, davon weiter unten.

Wie dem aber auch sei, für die Vermutung der Konzeption während der Ehe spielt die Streitfrage, ob lebend oder lebensfähig unter ‚perfectus' zu verstehen sei, keine Rolle. In der Anfechtungslehre dagegen wird es sich zeigen, welcher Einfluss den gegensätzlichen Anschauungen zukommt, besonders auch bei jenem Punkte, den ich hier des Zusammenhanges wegen noch kurz streifen will. Sind wir in der Lage, aus Paulus' Worten: ‚Septimo mense nasci perfectum partum' mit Sicherheit zu folgern, dass ein partus sexto mense natus non perfectus sein müsse?[26]) „Logisch folgt aus der Behauptung der Möglichkeit des Einen nicht die Leugnung der Möglichkeit des Andern."[27]) Wächters[28]) Argumentation a contrario ist kaum stichhaltig, da man nicht vergessen darf, dass bei einer solchen Quellenstelle durchaus nicht der Massstab anzulegen ist, wie wir es in modernen Gesetzgebungen zu tun pflegen. Ihr geht der präzise Charakter ab, was nicht Wunder nimmt. Und überhaupt hier, wo Paulus sich auf den Mediziner beruft, wäre es doch sonderbar, wenn er den Ausschluss des Gegenteils nicht anführen würde. Da lässt sich doch die Argumentation eher hören: Die medizinische Erfahrung wird zur Grundlage der Rechtsregel gemacht, eine Ausnahme von der Regel soll und kann nicht bestritten resp. ausgeschlossen werden, denn der Ausschluss liesse sich nicht rechtfertigen, da das Fundament für die Regel, die medizinische Wissenschaft, selbst nicht auf sicheren Füssen steht.

Die Worte ‚septimo mense' müsste man, fände sich keine erklärende, weitere Stelle in den Quellen, so auslegen, dass mit dem 181sten Tage der Ehe die Vermutung der Konzeption in derselben für die von diesem Zeitpunkte an geborenen Kinder beginne. Den Wunsch, dass die Stelle unerklärt geblieben wäre, hegt man eigentlich, wenn man sieht, wie sich manche Schriftsteller unnötigerweise über die erklärende Quellenstelle den Kopf zerbrochen haben nach einer Übereinstimmung beider. l. 3 § 12 D. 38, 16

[26]) vgl. § 5 der Abhandlung.
[27]) Stintzing, a. a. O., S. 428.
[28]) de partu v. n. v., § 8.

sagt nämlich: ‚De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa‘.

Fest steht zunächst, dass die gemeinrechtliche Theorie und Praxis sich für die genauere Angabe der l. 3 entschieden haben, Konzeption in der Ehe also annehmen, falls die Geburt am 182sten Tage der Ehe oder später erfolgte.[29]) Eine so gesuchte Ansicht, wie sie von Savigny[30]) entwickelt wird, ist nach meiner Meinung gänzlich überflüssig. Es giebt eine höchst einfache und einwandsfreie Erklärung für die 182 Tage mit Bezug auf ‚septimo mense‘. Man zählt doch allgemein bei Berechnung der 182 Tage sowohl den Tag des Eheabschlusses als auch den der Geburt des Kindes mit,[31]) was auch vom Schalttage gilt.[32]) Es findet Zivilkomputation statt, sodass volle Tage nur 182 weniger dem Tage des Abschlusses der Ehe und dem Geburtstage d. h. 180 da sind. Der Zwischenraum zwischen Hochzeitstag und Geburtstag ergiebt demnach gerade sex menses, wenn der Monat zu 30 Tagen gezählt wird. Der Hochzeitstag ist kein voller Tag, der erste Monat beginnt somit erst um Mitternacht dieses Tages; sind sechs Monate civiliter abgelaufen, so beginnt schon der 182ste Tag. Das ist aber auch dann der erste Tag ‚septimo mense‘ nach der zivilen Komputation.

Schon mit dem Beginne des 182sten Tages der Ehe wird also die Möglichkeit der Konzeption in der Ehe zu Gunsten ehelicher Kinder angenommen; wie lange präsumiert das Gesetz aber eheliche Konzeption bei Geburten, die nach Lösung der Ehe erfolgen?

---

[29]) Windscheid, I, § 56, n. 3; Seuffert, I, No. 161, 163; II, No. 254; V, No. 175; VIII, No. 229; X, No. 170; XI, No. 10, 11; XII, No. 36; XIII, No. 123; XV, No. 98.

[30]) IV, S. 339: „Die 182 Tage sind in das römische Recht aus einem nicht völlig genau befolgten Ausspruch des Hippokrates herüber genommen und gründen sich gar nicht auf eine Multiplikation der Monatstage mit sechs, sondern vielmehr auf eine Halbierung der im Jahr enthaltenen Tagezahl; diese giebt 182 Tage und einen Bruch, den Bruch aber haben die römischen Juristen der Kürze wegen weggelassen.“ Fuchs sucht auch vergebens eine Lösung (S. 26).

[31]) so: Fuchs, S. 30; Savigny, IV, S. 419; Seuffert, V, No. 175; XII, No. 36; dagegen Kuhlenbeck, I, S. 158, Anm. 5.

[32]) dagegen Savigny, IV, S. 470.

‚Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem'.[33]) Zehn Monate oder 300 Tage müssen nach der Ehe vergangen sein, damit die Vermutung einer noch ehelichen Erzeugung nicht mehr Platz greifen kann.

Wenn man Gellius Glauben schenken darf, so findet sich schon im Zwölftafelgesetz eine gesetzliche Normierung der äussersten Schwangerschaftsdauer: ‚Decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent'.[34]) Ein bemerkenswerter Unterschied aber zwischen dieser Stelle und der in den Digesten ist dabei nicht zu übersehen. Es muss sehr fraglich erscheinen, dass in den zwölf Tafeln schon mit decem menses 300 Tage, die Berechnung zu Ulpians Zeiten, gemeint sein sollen. Sind zehn Mondmonate als längste Schwangerschaft angeführt, so entspräche dies der normalen Schwangerschaftsdauer, die 280 Tage in Anspruch nimmt.[35]) Anormale Fälle, wo die Dauer bis zu 300 Tagen reicht, werden damals[36]) wohl kaum beobachtet worden sein.

Zur Gewissheit aber wird die Annahme, dass es Mondmonate sind, durch ein Dekret Hadrians,[37]) wo von einer Anfrage die Rede ist, ob ein Mensch noch im elften Monate der Schwangerschaft geboren werden könne. Dabei dekretiert Hadrian causa cognita gegen die obige Bestimmung der zwölf Tafeln, dass eine solche Möglichkeit bestehe. Wären in der Anfrage Monate zu 30 Tagen verstanden, so ergäbe sich der Zeitraum von 300 bis 330 Tagen, eine enorm lange Dauer der Schwangerschaft, für die sich nur sehr selten Belege finden.[38]) Nach Mondmonaten dagegen gerechnet umfasst der elfte Schwangerschaftsmonat die Tage 280 bis 308. So erklärt sich dann auch die Frage besser, ob im Anfange des elften Monats die Frucht noch nicht ausgetragen sein, ob also ein

---

[33]) l. 3 § 11 D. 38, 16; l. 29 pr. D. 28, 2: ‚Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto'.

[34]) Gellius, lib. III, c. 16, 12.

[35]) Real-Encyclopaedie der ges. Heilk., V, S. 352.

[36]) 449 v. Chr.

[37]) Gellius, l. c.: ‚Sed divum Hadrianum, causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse: idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis'.

[38]) vgl. § 5 der Abhandlung.

Überschreiten der normalen Dauer von 280 Tagen stattfinden könne.

Zählt man bei Berechnung der 300 Tage den Tag mit, an welchem die Ehe aufgelöst wurde? Der Geburtstag darf ja noch auf den 300sten Tag fallen, darüber besteht kein Zweifel, denn es heisst: ‚post decem menses'. Ich bin der Meinung, der Tag der Auflösung der Ehe kann nicht in die 300 Tage eingerechnet werden. Die Berechnung ist analog wie bei der kürzesten Schwangerschaftsdauer. Nach Zivilkomputation beginnt der erste Monat nach Eheauflösung erst um Mitternacht des Tages, an welchem dieselbe sich vollzogen hat. Decem menses nach aufgelöster Ehe machen danach 300 volle Tage und den Bruchteil des Tages der Auflösung aus. Post decem menses geboren ist das Kind, wenn es am 302ten Tage, den Tag der Auflösung der Ehe eingeschlossen, zur Welt kam.[39])

Die Verbindung der längsten und der kürzesten Schwangerschaftsdauer mit einander ergiebt die sogenannte gesetzliche „kritische" Zeit oder Empfängniszeit, einen Zeitraum, innerhalb dessen nach Annahme des Gesetzes die kausale Beiwohnung stattgefunden hat. Für das römische Recht reicht also die Empfängniszeit vom 182sten bis zum 300sten Tage von der Geburt rückwärts gerechnet.[40])

§ 4: B. G.-B., § 1591, Absatz 1, Satz 1 und Absatz 2; § 1592, Absatz 1.

Modernen Anschauungen kann der Gedanke, die nunmehrigen Eheleute haben bereits die Beiwohnung antizipiert, nichts Befremdendes sein. Standen schon einige Gemeinrechtstheoretiker auf dem Standpunkte, dass sie, sich von den Quellen lossagend,[41]) zu Gunsten der Kinder das Prinzip der Ehelichkeit durch Geburt vertraten, und war es in den neueren Kodifikationen ebenfalls zu einer Aufnahme des genannten Prinzips gekommen, so hatte auch das Bürgerliche

[39]) in diesem Sinne: Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 30, S. 258; Fuchs, S. 11, Anm. 17; Sicherer, S. 94.

[40]) A. L.-R., II, 2, § 2: vom 302ten bis 210ten Tage; code civil, a. 312 ff: 300 180 (die herrschende Theorie nimmt den 181sten Tag als den entscheidenden an).

[41]) so: Dernburg, III, S. 51.

Gesetzbuch keine Veranlassung, sich diesem Gedanken, der — man kann es nicht bestreiten — nur zum Segen des Eheinstituts ausschlagen kann, zu verschliessen.

Im § 1591, Absatz 1, Satz 1 findet daher diese schwerwiegende Bestimmung ihren Ausdruck, die eine völlige Gleichstellung zwischen ehelich erzeugten und vorehelich erzeugten, aber in der Ehe geborenen Kindern schafft, um letztere also den Kreis ehelicher Kinder erweitert.[42])

Man kann ja gewiss über die Berechtigung einer solchen Ausdehnung der Ehelichkeit im Gesetze seine Bedenken haben und die Annahme, dass der Ehemann von seiner Ehefrau schon vor dem Abschlusse der Ehe die Beiwohnung gestattet bekam, mit sittlicher Entrüstung von sich weisen. Streng genommen ist eine solche Empörung am Platze, denn die Annahme vorehelichen Geschlechtsverkehrs läuft unsern Begriffen von der Heiligkeit der Ehe zuwider. Doch eins darf eben nicht vergessen werden, und das gab für den Gesetzgeber den Ausschlag, nämlich die realen Verhältnisse. Sie lassen die Erweiterung des Ehelichkeitsbegriffes in sozialer Hinsicht als wünschenswert erscheinen, denn die voreheliche Beiwohnung nimmt leider zu. Das Prinzip der Ehelichkeit durch blosse Geburt in der Ehe kann für den schwängernden Bräutigam nur eheförderndd wirken; er, der im letzten Momente beim Bestehen des gegensätzlichen Prinzips vielleicht doch vor dem Eheabschlusse zurückgeschreckt wäre, weil er die Gewissheit hätte, dass in diesem Falle dem gleich nach Eingehung der Ehe geborenen Kinde, als bloss legitimierten, ein gewisser Makel anhaften bliebe. Die Zahl der unehelichen Kinder würde so vergrössert.

Eine Forderung muss da freilich an den Gesetzgeber gestellt werden, wenn derselbe einen solchen erweiterten Kreis ehelicher Kinder zu schaffen für gut findet. Es bleibt seine Aufgabe, dem Prinzip der Ehelichkeit durch Geburt eine Form zu geben, die nun auch die Interessen aller Beteiligten am besten wahrt. In welcher Weise unser B. G.-B. dieser Forderung gerecht geworden ist, davon werden die späteren Ausführungen noch zu handeln haben.

Wie wir sahen, war im römischen Rechte der Gedanke, dass die Kinder, welche von einer Ehefrau geboren werden, auch vom Ehemanne erzeugt sind, kurz und einheitlich zum Ausdruck ge-

---

[42]) Opet, S. 15, betont mit Recht, dass es sich hier nicht etwa um eine Fiktion handle.

kommen im Satze: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant'. Hier im B. G.-B. wird die Ehelichkeitsvermutung in die beiden Präsumtionen zerlegt: Beiwohnungsvermutung und Vaterschaftsvermutung (Kausalitätsvermutung) werden getrennt angeführt. Ausdrücklich erwähnt ist zwar nur die Beiwohnungsvermutung (§ 1591, Absatz 2, Satz 1).[43]) Aber nicht allein für die Beiwohnung des Ehemannes findet sich eine gesetzliche Vermutung,[44]) vielmehr ergiebt sich doch aus § 1591, Absatz 1, Satz 1 deutlich genug, wenn auch nicht besonders hervorgehoben, die Vaterschaftsvermutung, jene gesetzliche Vermutung, die den ehemännlichen Beiwohnungsakt, den präsumierten, für die Empfängnis des Kindes zum kausalen werden lässt. Recht unglücklich muss allerdings die Fassung dieses ganzen § 1591, besonders seines zweiten Absatzes, genannt werden.[45])

Man hat bei der Beiwohnungsvermutung des letztgenannten Absatzes eine wichtige Unterscheidung zu machen. Soweit die gesetzliche Empfängniszeit in die Zeit des Bestehens der Ehe zu liegen kommt, gilt jene Vermutung, der Ehemann hat seiner Ehefrau beigewohnt, unbedingt, d. h. schlechthin. Reicht die Empfängniszeit noch in die voreheliche Zeit hinein, so besteht die Vermutung nur für den Teil, der in die Ehe fällt, unbedingt. Für die Empfängniszeit, die ganz ausserhalb der Ehe liegt, sowie für die teilweise voreheliche Empfängniszeit stellt das Gesetz eine resolutiv bedingte Beiwohnungsvermutung auf. Die Vermutung gilt ebenfalls zunächst,[46]) sonst wäre ja die primäre Ehelichkeit vorehelich erzeugter Kinder in Frage gestellt, was der Gesetzgeber doch gewiss nicht beabsichtigt haben kann. Aber diese Beiwohnungsvermutung hat einen eigenartigen Charakter, sie soll nur solange gelten, als sie nicht bestritten wird. Findet von seiten des Ehemannes eine Bestreitung vorehelicher Beiwohnung statt, so fällt die Vermutung zusammen, denn die Resolutivbedingung ist eingetreten. Die resolutiv bedingte Beiwohnungsvermutung wird nur in dem Falle zur un-

[43]) Heymann, S. 46, erklärt sonderbarerweise: „Die Paternitätspräsumtion des römischen Rechts sah von diesem Momemte ab."

[44]) Endemann, II, S. 836, nimmt das an.

[45]) Kuhlenbeck, I, S. 159, Anm. 3: „Der § 1591 ist ein wahres Muster schlechter Gesetzgebungsredaktion, indem er ganz überflüssige Voraussetzungen ausdrückt, die gesetzlich erheblichen aber möglichst ungeschickt formuliert."

[46]) dagegen: Opet, S. 17, Vermutung finde keine Anwendung, wenn der Mann lebt.

bedingten, wenn der Ehemann mit dem Tode abgegangen ist, ohne zum Bestreiten gekommen zu sein, wobei es gleichgiltig ist, ob er von der Geburt des Kindes erfahren hat oder nicht.[47]) Das soll der Inhalt des zweiten Absatzes des § 1591 sein.[48])

Auf diesem Wege wurde m. E. das Gesetz auch am ehesten der oben angeführten Forderung gerecht. Das Unsittlichkeitsattest, das so mancher dem Ehemanne durch die Annahme vorehelicher Beiwohnung vom Gesetze ausgestellt sieht, kann der Ehemann auf leichte Weise loswerden, indem er anficht, wobei er nur die Beiwohnung zu bestreiten hat, und so die Vermutung zu Falle bringt. Seine, des Hauptbeteiligten, Interessen sind damit in jeder Weise gut aufgehoben.[49])

Auf die Voraussetzungen der Beiwohnungsvermutung muss nun noch näher eingegangen werden. Hängt ihre Anwendung lediglich vom Bestehen der Ehe ab? Die Antwort lautet: ja. Eine faktische Trennung der Ehegatten vermag keine Änderung herbeizuführen,[50]) schon deshalb nicht, weil solch' eine Trennung ganz intern bleibt.

Wie steht es mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch richterliches Urteil? Gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft führt nach § 1586 nicht zur Auflösung der Ehe wie die Scheidung. Zwar sollen die mit letzterer verbundenen Wirkungen auch mit ihr eintreten, aber jene Konsequenz, die bei der Scheidung allein angebracht ist, lässt sich hier nicht gut ziehen, dass man

---

[47]) Auch wenn er vor der Geburt verstarb, tritt die Vermutung unbedingt ein: Staudinger, IV, § 1591, Anm. 2 a; Blätter f. Rechtsanw., Bd. 63, S. 47.

[48]) Denkschrift, z. Entw. e. B. G.-B., S. 321; Matthiass, II, S. 324; Planck, IV, § 1591, Anm. 4; Staudinger, a. a. O.

[49]) A. L.-R.: Nach der Praxis des preussischen Landrecht gilt jedes nach Eheabschluss geborene Kind als ehelich, es müsste denn sein, dass der Ehemann seine Nichtbeiwohnung während der kritischen Zeit nachweist (vgl. Ober-Tribunals-Entsch., Bd. VIII, S. 73 ff: Der Ehemann könne sich nicht auf die kurze Dauer der Ehe berufen, sondern müsse Nichtbeiwohnung beweisen). Der Mann ist also hier wesentlich schlechter gestellt. Im entgegengesetzten Sinne: Förster, III, S. 577. Veranlassung dieses Zwiespaltes bilden die beiden ersten Paragraphen des A. L.-R., II, 2, 1 wegen ihrer höchst unklaren Fassung.

[50]) Seuffert, VIII, No. 263.

Kinder, während doch die Ehe noch besteht, ohne weiteres als unehelich im Standesregister eintragen darf.[51])

Bei einer Todeserklärung liegen die Dinge wesentlich anders. Von dem Tage an, der im Ausschlussurteil als Todestag des Mannes angegeben ist, hört die Beiwohnungsvermutung auf, da mit diesem Momente die Ehe als aufgelöst vermutet wird. Die eheauflösende Wirkung der Todeserklärung wird definitiv, wenn die zurückgebliebene Frau eine neue Ehe eingegangen ist; dann könnte auch die Vermutung, was sie sonst tut, wenn der Verschollene zurückkehrt, nicht mehr wieder aufleben.[52]) Ein nach dem im Urteile festgesetzten Todestage empfangenes Kind ist daher primär unehelich, infolge der Vermutung der Eheauflösung, es müsste denn sein, dass der für tot erklärte Ehemann der Mutter inzwischen wieder aufgetaucht ist.

Im Gemeinen Rechte gab man vorehelich erzeugten, nach Abschluss der Ehe geborenen Kindern, vorausgesetzt dass dem Ehemanne die voreheliche Beiwohnung nachgewiesen wurde oder er dieselbe selbst zugab, durch Legitimation gleiche Rechte wie den vollehelichen Kindern. Das half aber häufig genug nicht. Es liegt im Wesen der legitimatio per subsequens matrimonium, dass sie nur dann eintreten kann, wenn das betreffende Kind wirklich vom Ehemanne vor der Ehe erzeugt worden ist. Mit dem Nachweise, es haben der Mutter vor Eingehung der Ehe ausser ihrem jetzigen Ehemanne noch andere Männer beigewohnt, ist die Abstammung des Kindes vom Ehemanne zweifelhaft geworden und die Legitimation deswegen nicht angängig. Die exceptio plurium concumbentium musste demnach hier dieselbe Rolle spielen wie bei ausserehelichen Geburten.

Wollte das Bürgerliche Gesetzbuch das Prinzip der Ehelichkeit durch Geburt überhaupt brauchbar ausgestalten, so musste es

---

[51]) so: Scherer, S. 291; Staudinger, IV, § 1591, Anm. 2; Achilles, Note 1 zu § 1593: „ein nach rechtskräftiger Entscheidung empfangenes Kind daher ehelich"; Spahn, S. 14; dagegen: Planck, IV, § 1591, Anm. 6.

Im Gemeinen Rechte nimmt Aufhören der Vermutung bei richterlicher Trennung von Tisch und Bett an: Sicherer, S. 95; Weiterbestehen verficht Engelmann, Blätter f. Rechtsanw., Bd. 59, S. 25, denn das römische Recht bezeichne nirgends das Zusammenleben der Eheleute als Voraussetzung seiner Präsumtion; Fuchs, S. 8, verneint die Anwendbarkeit der, Präsumtion, da zu ihrer Wirksamkeit das Vorhandensein des ‚adsidue morari' (l. 6 D. 1, 6) beider Gatten bei einander gehöre.

[52]) § 1348 ff; Staudinger, a. a. O.; Blätter f. Rechtsanw., Bd. 63, S. 48.

dem genannten Übelstande abhelfen. Das Gesetzbuch geht darum über den bisherigen Rahmen hinaus. Nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe wird vom Gesetze kausale ehemännliche Beiwohnung angenommen, sondern die Vaterschaftsvermutung erstreckt sich auch auf die voreheliche Zeit.[53]) Voreheliche Beiwohnung vermutet das Gesetz bedingt. Kommt es zur Anfechtung und bestreitet der Ehemann die gesetzliche Annahme, so hat sein Gegner, der trotzdem die Ehelichkeit behauptet, nur die Beiwohnung des Ehemannes darzutun. Gelingt ihm dies, so gilt der Ehemann als Vater des vorehelich erzeugten Kindes, denn auch seine voreheliche Beiwohnung gilt für die Empfängnis des Kindes als kausale (§ 1591, Absatz 1, Satz 1). Eine exceptio plurium nützt dem Ehemanne dieserhalb allein nichts.

Die Empfängniszeit reicht nach B. G.-B., § 1592, Absatz 1, vom 181sten Tage bis zum 302ten Tage vor dem Tage der Geburt, die genannten Tage miteingeschlossen. Schon am 181sten Tage vor dem Geburtstage kann also das Kind empfangen worden sein, als äusserster Empfängnistermin gilt aber der 302te Tag vor dem Tage der Geburt. Geburt heisst Vollendung des Zurweltkommens, also Beginn der völligen Existenz des Kindes neben seiner Mutter.[54])

Müssig erscheint mir die Frage, die Knitschky[55]) aufwirft, ob die kürzeste Schwangerschaftsdauer ohne Unterschied auf bei der Geburt lebende oder nur auf lebensfähige Kinder zu beziehen sei. Schon mit Bezug auf § 1 des B. G.-B., welcher die Rechtsfähigkeit des Menschen lediglich vom blossen Geborenwerden abhängig macht, somit die Lebensfähigkeit ganz ausser Spiele lässt, muss man das Aufwerfen einer solchen Frage für unnötig halten. Im folgenden Paragraphen werde ich bei Besprechung des absoluten Charakters der unteren Schwangerschaftsgrenze nach B. G.-B. auf Knitschkys Ausführungen noch zurückkommen, darum mag die kurze Erwähnung an dieser Stelle genügen.

---

[53]) Scherer, S. 289, nimmt dies nicht an.

[54]) B. G.-B., § 1: ohne Trennung der Nabelschnur; so Opet, S. 40; Endemann, I, S. 92; Hirsch, S. 49. — Bei Mehrgeburten muss für die Berechnung der Konzeptionszeit ausschlaggebend sein die Vollendung des Geburtsaktes des Erstgeborenen, so auch Opet, S. 40; dagegen Hirsch, S. 78. Die Berechnung in diesem oder jenem Sinne kann grosse Bedeutung haben, besonders an der Grenze der 302 Tage nach Eheauflösung.

[55]) S. 4 f.

§ 5: Notwendigkeit und Charakter der gesetzlichen Empfängniszeit.

Die Schwangerschaftsdauer unterliegt stetem Wechsel. Die aus dem steten Wechsel herrührende Zahl verschiedener Schwangerschaftszeiträume wird jeweils auf Grund praktischer Erfahrungen die medizinische Wissenschaft zu einer längsten und einer kürzesten Dauer kommen lassen. Die äussersten Grenzen nach oben und nach unten werden aber gerade, weil sie die Praxis diktiert, je nach Beobachtung hier so, dort wieder anders festgestellt, können also nicht allgemeine Gültigkeit beanspruchen. Der Richter wäre danach mangels einer festen Schwangerschaftsnormierung durch die Wissenschaft in der schlimmen Lage, subjektiv urteilen zu müssen, ein Umstand, der unfehlbar zu Widersprüchen unter den einzelnen Gerichten führen müsste. Der erste stichhaltige Grund für eine gesetzliche Fixierung der Empfängniszeit!

Aus bestimmten Beiwohnungen kann ohne Zweifel mitunter, besonders wenn sie vereinzelt waren, die Zeit der Befruchtung sich ermitteln lassen. Wenn aber solche Anhaltspunkte fehlen, könnte man sich aus der Beschaffenheit der Leibesfrucht ein Urteil über die Dauer der Schwangerschaft bilden. Ob eine solche Untersuchung jedoch jederzeit vorgenommen werden wird, und ob sie, falls vorgenommen, immer zum Ziele führen kann (vgl. § 9 der Abhandlung), bleibt mindestens sehr zweifelhaft. Eine gesetzlich festgelegte Empfängniszeit ist darum auch dieserhalb ein grosser Segen. Sie schafft klare Verhältnisse beim Beweise der Abstammung und ebenso beim Gegenbeweise gegen die Ehelichkeitsvermutung. Das Gesetz sagt also: Innerhalb des Zeitraumes, der zwischen den äussersten, angenommenen Terminen liegt, hat die befruchtende Beiwohnung stattgefunden.

Ist das nun lediglich eine gewöhnliche gesetzliche Vermutung, die jederzeit durch Nachweis einer noch kürzeren oder noch längeren Schwangerschaft, wie sie vom Gesetze angenommen wird, entkräftigt werden kann, oder hat der Gesetzgeber ausdrücklich sagen wollen, die kausale Beiwohnung muss unbedingt innerhalb des im Gesetze festgelegten Zeitraumes stattgefunden haben? Und welche gesetzlich fixierte Empfängniszeit verdient den Vorzug, die absolut angenommene, die jeden Gegenbeweis ausserhalb ihres

Rahmens ausschliesst, oder die relative Empfängniszeit, bei der stets ein solcher Gegenbeweis statthaft ist? Prüfen wir die positiven Bestimmungen.[56])

Wie ist der Charakter der Empfängniszeit nach römischem bezw. Gemeinem Rechte? Die Antwort lautet: Die gesetzliche Empfängniszeit der Quellen hat nur relativen Charakter. Ich wiederhole hier noch einmal, was ich bereits oben ausführte, dass Paulus, auch wenn er, wie wir annahmen, ‚partus perfectus' als lebensfähige Frucht verstanden wissen wollte, dennoch nicht in der Lage war — wollte er sich auch hierbei auf die medizinische Wissenschaft berufen — zu behaupten, dass ein partus sexto mense geboren ‚imperfectus', nicht „lebensfähig" sein müsse, da aller Wahrscheinlichkeit nach die Wissenschaft selbst in damaliger Zeit zu einer solchen Behauptung sich nicht herbeigelassen hätte. Nochmals muss scharf betont werden, dass einer Quellenstelle jene präzise Fassung abgeht, die die Deutung zulässt: Was das Gesetz unerwähnt liess, darf keine Geltung beanspruchen. Umgekehrt hat es hier eben zu lauten: Weil die Quellenstelle über das Gegenteil vollkommen geschwiegen, darum ist der Nachweis desselben für zulässig zu erachten.

Für eine Übersetzung[57]) des Wortes ‚perfectus' mit „lebend" passt obige Auslegung erst recht, zumal was den medizinischen Standpunkt angeht. Ebenso lässt sich aus l. 3 § 12 D. 38, 16 nicht eine gegensätzliche Anschauung folgern.

Die Zulässigkeit des Nachweises einer kürzeren als der gesetzlichen geringsten Schwangerschaftsdauer wird auch in der gemeinrechtlichen Theorie bestätigt.[58]) Eigenartig spricht sich Burckhard[59]) aus. Bei einem im sechsten Monate geborenen Kinde dürfe nicht die Präsumtion Platz greifen, das Kind sei ein ausereheliches; jedoch der Satz: „Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' komme diesem Kinde nicht zu Hülfe, es müsse also seine Ehelichkeit beweisen. „Dieser Beweis ist aber nach physischen Gesetzen unmöglich, er wird nur erbracht mit Hülfe der Präsumtion,

---

[56]) Die Zulässigkeit des Beweises aus dem Reifegrade muss hier vorausgesetzt werden.

[57]) Wie es von Savigny geschieht, der aber trotzdem von einem derartigen Nachweise nichts wissen will (II, S. 390, Anm. h).

[58]) Engelmann, Bl. f. R., Bd. 59, S. 23; Stintzing, a. a. O., S. 428; Fuchs, S. 38; Koch, I.-D., S. 61.

[59]) S. 359 f.

die aber nicht vorliege. Es spricht also in diesem Falle keine Präsumtion für die Unehelichkeit, sondern das Kind wird nur als unehelich betrachtet, weil der Beweis seiner Ehelichkeit unmöglich ist.“

Bedenklich erscheint der Standpunkt Wächters, welcher bei Geburten vor dem 182sten Tage der Ehe zwischen Lebensfähigkeit und blossem Lebendgeborenwerden unterscheidet. Ersteren Falles soll das Kind unbedingt unehelich sein, im letzteren Falle jedoch dem am 182sten Tage oder später geborenen Kinde gleichstehen, also ehelich sein.[60]) Für den Sachverständigen, dem man doch offenbar allein die Beantwortung dieser nach Wächters Theorie wichtigen Frage, ob das Kind „lebensfähig“ oder „nicht fähig“ zu längerem Fortleben sei, vorlegen kann, ergiebt sich daraus eine ungemein prekäre Stellung. Wie z. B. will man sich da verhalten, wenn der Arzt nach bestem Wissen nicht umhin kann, einem Kinde bei der Geburt die Lebensfähigkeit zuzusprechen, während er gleichzeitig aber seine Konzeption noch in die Ehe setzen muss, obwohl das Kind bereits vor dem 182sten Tage des Bestehens derselben geboren ward? Da kommt eine solche Theorie doch bedenklich ins Wanken. Hier muss ich entschieden den Zeitpunkt der Konzeption, wenn ihn der Sachverständige gewissenhaft anzugeben vermag, für die Ehelichkeit jenes Kindes massgebend sein lassen. Unbedingt vorzuziehen ist also eine andere Frage an den Sachverständigen, nämlich folgende: Kann man mit der Möglichkeit rechnen, dass die kausale Beiwohnung noch in das Bestehen der Ehe fällt?[61]) (Diese Frage soll de lege lata gelten.) Denn es scheint besser, den sehr dehnbaren Begriff Lebensfähigkeit bei einer so wichtigen Sache aus dem Spiele zu lassen, da sein Hineinziehen zweifellos mitunter harte Ungerechtigkeit im Gefolge haben könnte.

Mehr Bedenken treten freilich auf, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob im einzelnen Falle vom Gesetz der Nachweis gestattet ist, dass eine Leibesfrucht länger als 300 Tage getragen wurde. Grössere Bedenken deswegen, weil hier Ausnahmefälle noch seltener vorkommen als bei der unteren Schwangerschaftsgrenze. Schon 300tägige Schwangerschaften bilden Abnormitäten, geschweige denn 305 oder noch mehr Tage sich ausdehnende Tragezeiten. Aber

[60]) de partu v. n. v., § 7 und § 8; Wächter übersetzt ‚perfectus‘, wie erwähnt, gleichfalls mit „lebensfähig“, argumentiert aber aus l. 12 D. 1, 5 a contrario.

[61]) Fuchs, S. 39.

trotzdem hat auch die obere Schwangerschaftsgrenze der Quellen nur relativen Charakter. Dafür spricht das Prinzip der freien Beweiswürdigung in Rom, dagegen können nicht ohne weiteres die Worte: ‚Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem' sprechen. Sie besagen doch zunächst nur, dass primäre Ehelichkeit nur Kindern zukomme, die bis zum 300sten Tage nach Auflösung der Ehe geboren werden; nicht entnehmen lässt sich aus ihnen, dass später geborenen Kindern, die zwar primär als unehelich gelten, nicht unter Umständen noch nachträglich die Ehelichkeit zugesprochen werden könne. Eine Stelle[62]) bei Gellius, lib. III, cap. 16, § 12, bietet Anhaltspunkte für die Behauptung der Zulässigkeit dieses Beweises längerer Schwangerschaft. Dort heisst es: ‚Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi, feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus .....; sed divum Hadrianum .... decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse, ...'. Sind hier auch unter decem menses 10 Mondmonate[63]) zu verstehen, so reicht trotzdem der undecimus mensis vom 280sten bis zum 308sten Tage. Hadrian dekretiert nun nur: ‚in undecimo quoque mense' könne ein Mensch noch geboren werden, weshalb man zu der Behauptung berechtigt ist, der Kaiser habe dabei auch ganz gut an eine Geburt denken können, deren befruchtende Beiwohnung schon etwa 305 Tage vorher stattfand.

In der gemeinrechtlichen Theorie finden sich jedenfalls Fürsprecher[64]) und Gegner[65]) der entwickelten Anschauung vertreten. Die Praxis hat sich dagegen ausgesprochen.[66])

Der erste Entwurf eines B. G.-B. fixierte im § 1467 die Empfängniszeit vom 181sten bis zum 300sten Tage. In diesem

---

[62]) teilweise schon oben angeführt.

[63]) vgl. § 3 der Abhandlung am Ende.

[64]) Fuchs, S. 12; Engelmann, Blätter f. Rechtsanw., Bd. 59, S. 23; Cocceji, l. 1 t. 6. qu. 4: ‚Extra eos (sc. terminos) vero dubius erit partus suspectusque et adeo causa cognoscenda'; Koch, Inaug.-D., S. 61; Regelsberger, I, S. 278; Dernburg, III, S. 53.

[65]) Glück, Bd. 2, S. 107; Wächter, Pand. II, S. 600; Savigny, II, S. 390, Anm. h; Burckhard, S. 359.

[66]) Seuffert, IX, No. 124; XXiV, No. 117.

Zeitraume musste aber das Kind empfangen sein, jeder Nachweis kürzerer oder längerer Schwangerschaftsdauer war von vorn herein ausgeschlossen. Dass sich gegen diese praesumtio iuris et de iure ein starker Widerspruch, besonders seitens medizinischer Fachkreise, erhob, kann wohl verstanden werden. Zumal gegen die absolute Grenze der 300 Tage, als längster Schwangerschaft, ward Front gemacht. Interessant sind in dieser Hinsicht die Ausführungen des bekannten Gynäkologen Olshausen, der auf Grund einwandsfreier Belege aus dem Kreise seiner Fachgenossen im Interesse wehrloser Witwen warm für Beseitigung der absoluten äussersten Schwangerschaftsgrenze, eines Zustandes, der häufig zur Entehrung ehrbarer Frauen Veranlassung gegeben hätte, eintrat.[67])

Dem allseitigen Drängen wurde die zweite Kommission gerecht durch Streichen des absoluten Charakters der 300 (jetzt 302) Tage. § 1592, Absatz 2 bestimmt dementsprechend: „Steht fest, dass das Kind innerhalb eines Zeitraumes empfangen worden ist, der weiter als dreihundert und zwei Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt, so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängniszeit.“ Die Anwendung dieser nur „zu Gunsten der Ehelichkeit“ getroffenen Bestimmung ist danach keine limitierte. Am wirksamsten wird sie freilich werden bei Geburten, die nach 302 Tagen seit dem Tage der Eheauflösung erfolgen. Ihre Anwendung kann jedoch auch bei vorehelichen Empfängnissen[68]) und nicht minder während des Bestehens der Ehe[69]) von grosser Wichtigkeit sein. Eine Anwendung der Ausnahmebestimmung etwa, um die Unehelichkeit des Kindes damit darzutun, ist nicht angängig, denn das geschähe zu „Ungunsten“ des Kindes. Wie der Nachweis einer so späten Empfängnis erbracht wird, bleibt vom Gesetz unerwähnt und muss demnach gleichgiltig sein. Hauptsächlich dürfte wohl das Gutachten von Sachverständigen zwecks Nachweises der Überreife in Betracht kommen; die Gewissheit einer so langen Schwangerschaftsdauer müsste aber ebenso erhellen, wenn beispielsweise die Witwe den Beweis erbringt, dass sie nach dem Tode ihres Mannes keinen geschlechtlichen Umgang gehabt hat.

[67]) Zusammenstell. der gutachtl. Äusserungen z. E. eines B. G.-B., IV, S. 343; und Centralbl. f. Gynaekol., Ig. 13, S. 11: „Alle Forscher sind einig darüber, dass Schwangerschaften von 310, ja von 320 Tagen vorkommen.“

[68]) dagegen: Endemann, II, S. 836, ohne Angabe von Gründen.

[69]) so: Krückmann, S. 450; Planck, IV, § 1592, Anm. 2.

An dem absoluten Charakter der 181 Tage hält dagegen unser Gesetzbuch noch fest.[70]) Zwischen dem Tage der befruchtenden Beiwohnung und dem Tage der Geburt müssen also „gesetzlich" mindestens 180 volle Tage liegen. Der Nachweis, dass ein Kind nur 175 Tage getragen wurde, findet, selbst wenn unzweifelhaft erbracht, keine Beachtung. Mag nun das Kind nach Ansicht des Arztes bei der Geburt lebensfähig oder keine Aussicht auf weitere Existenz bei ihm vorhanden sein, es muss wenigstens[71]) aus einer Beiwohnung herrühren, die 181 Tage zurückliegt.

Ich halte allerdings den absoluten Charakter der unteren Grenze für unzweckmässig, da er doch zuweilen, wenn auch selten, mit der Wirklichkeit in Widerspruch geraten dürfte. Zwar ist der Termin des 181sten Tages schon an und für sich sehr tief gerückt, da normalerweise als Grenze für die Lebensfähigkeit eines Kindes erst der 196ste Tag angenommen wird,[72]) jedoch liegt der Zeitpunkt, von dem an die Früchte lebend zur Welt kommen, schon wesentlich früher.[73]) Freilich gehen in diesem Stadium alle Früchte nach kurzer Zeit zu Grunde, dennoch aber könnte eine relative Grenze der kürzesten Schwangerschaftsdauer in den erbrechtlichen Verhältnissen Änderungen hervorrufen.[74])

Eine Vergleichung der gesetzlichen Empfängniszeit des römischen Rechtes mit der des B. G.-B. zeigt, dass die unteren Grenzen beider Rechte sich völlig decken, denn da allgemein Hochzeitstag und Geburtstag in die Zahl 182 eingerechnet werden, so liegen auch nach römischem Rechte zwischen befruchtender Beiwohnung und Geburt zum mindesten[75]) 180 ganze Tage, genau so wie nach B. G.-B. Bei der oberen Grenze zählt man gemeinrechtlich einschliesslich des Tages der Eheauflösung 301 Tage, nach

---

[70]) § 1592, Absatz 1; Endemann, II, S. 836; Spahn, S. 13; Staudinger, IV, § 1592, Anm. 3; Planck, IV, § 1592, Anm. 1.

[71]) Das, was Knitschky, S. 4f., ausführt, ist daher vollkommen zwecklos, weil das Gesetz eben keinen Unterschied machen will. Würde man zwischen blossem Leben bei der Geburt und Lebensfähigkeit unterscheiden, dann dürfte die untere Schwangerschaftsgrenze auch nicht mehr absolut sein.

[72]) Olshausen, a. a. O., S. 11: „Nur einzelne Beispiele existieren in der Litteratur, wo nach einer Schwangerschaftsdauer von 27 oder 28 Wochen (189—196 Tagen) die Frucht ihr Leben fortsetzte."

[73]) ders.: vom 160sten Tage an.

[74]) Protokolle, IV, S. 461.

[75]) Was aber nicht absolut gilt, wie wir sahen.

dem bürgerlichen Rechte ein Mehr von 2 Tagen, also 303 Tage; hier haben beide Rechte den relativen Charakter gemeinsam, wobei jedoch zu erwähnen ist, dass aller Wahrscheinlichkeit nach im Gemeinen Rechte der Nachweis des Übertragenseins nur für Kinder, die nach Auflösung der Ehe geboren wurden, gegolten hat.

Der Vorzug darf meines Erachtens nur einer vollkommen relativen gesetzlichen Empfängniszeit gegeben werden. So sehr grundsätzlich die Fixierung einer Empfängniszeit im Gesetz gutzuheissen ist, so unrichtig wäre es, wollte der Gesetzgeber durch absolute Begrenzung der „kritischen" Zeit der Natur Gewalt antun.

Was verschlägt es auch weiter, wenn er den Beweis kürzerer oder längerer Schwangerschaft zulässt? Es braucht nur die Bestimmung getroffen zu sein, dass allein die Gewissheit des Gegenteils der gesetzlichen Schwangerschaftsvermutungen Berücksichtigung finden könne. Dann ist berechtigten Interessen die denkbar beste Gewähr geboten und Ungerechtigkeiten werden vermieden.

II. Abschnitt:

Die Anfechtung der Ehelichkeit.

A. Materielles Anfechtungsrecht.

§ 6: I. Der Gegenbeweis gegen die Ehelichkeitsvermutung im allgemeinen.

Die Ehelichkeitsvermutung im Rechte will normalen Verhältnissen zu Hülfe kommen und nach der communis opinio unnötige Beweise aus der Welt schaffen. Ihr Charakter ist damit gekennzeichnet: Das Normale wird durch sie angenommen; da aber Ausnahmefälle doch vorkommen, wenn sie auch zu den Seltenheiten gehören, so darf ihr Nachweis billigerweise nicht ausgeschlossen sein. Die Präsumtion kann nur als praesumtio iuris, also entkräftbar aufgestellt werden. Fiktionscharakter darf man der Ehelichkeitspräsumtion nun und nimmer beilegen, denn das Abstammungsverhältnis als grundlegendes Rechtsverhältnis erscheint als so wichtig, dass sich eine der Wirklichkeit, wenn auch nur selten, zuwiderlaufende Fiktion, die zwecks Abschneidung gewiss mitunter schwieriger Beweise befürwortet wird, eben gerade im Interesse der anormalen Fälle nie rechtfertigen liesse.

Leider hat man häufig sowohl in Theorie wie in Praxis dagegen gefehlt und zumal durch Beschränkung des Gegenbeweises, wie sich weiter unten zeigen wird, einem fiktiven Charakter der Präsumtion der Ehelichkeit teils absichtlich, teils unbemerkt sich bedenklich genähert. Die Fiktion muss also unbedingt fallen gelassen werden, damit braucht jedoch nicht das andere Extrem in Übung zu kommen, dass nunmehr die Entkräftung der Ehelichkeitsvermutung

eine ganz willkürliche und regellose werde. Davor hat sich der Gesetzgeber zu hüten. Die Forderung der Entkräftbarkeit ist grundsätzlich zu berücksichtigen, die Entkräftung soll aber so geschehen, dass das Anormale nicht nur bis zur Wahrscheinlichkeit dargetan wird, sondern dass beim Gegenbeweise die Überzeugung aufkommt, hier im vorliegenden Falle ist das Gegenteil von der gesetzlichen Vermutung deutlich erwiesen.

Die Abhandlung bespricht nur solche Anfechtungsfälle, bei denen eine rechtsgültige Ehe vorliegt oder wenigstens vorgelegen hat, und wo kein Streit darüber herrscht, dass die Ehefrau Mutter des Kindes ist, dessen Ehelichkeit angefochten werden soll. Unerörtert müssen daher jene Fälle bleiben, wo man auf Grund des Nichtbestehens einer rechtsgültigen Ehe oder auf Grund des Unterschiebens eines Kindes die Ehelichkeit bestreitet. Die Art und Weise des Vorgehens, sowie die Personen der zum Vorgehen Berechtigten bezw. die Grundsätze darüber sind naturgemäss von den in der weiteren Ausführung zu entwickelnden wesentlich verschieden.

Bei der Anfechtung eines in rechtsgültiger Ehe oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach Lösung einer solchen Ehe geborenen Kindes ist ein wichtiger Unterschied zu beachten, der bereits Erwähnung gefunden hat. Ging die Geburt am 182sten Tage der Ehe (gemeinrechtlich) oder 181sten Tage nach dem Tage des Eheabschlusses (bürgerliches Recht) und später während der Ehe und bis zum 300sten Tage (gemeinrechtlich) oder 302ten Tage (bürgerliches Recht) nach dem Tage der Eheauflösung vor sich, so trifft allemal denjenigen, der die Unehelichkeit eines innerhalb dieser Grenzen geborenen Kindes geltend macht, die Beweislast. Anders bei den Kindern, die vor dem 182sten bezw. 181sten Tage zur Welt kommen. Es wäre durchaus nicht angängig, wollte man auch hier dem Anfechtenden, besonders dem Ehemanne der Mutter, die Beweislast aufbürden.[76]) Vielmehr wird im Gemeinen Rechte der Satz: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' durch einfachen Hinweis auf die kurze Dauer der Ehe entkräftet. Behauptet trotzdem der Gegner die Ehelichkeit, so kann er, wie wir gesehen haben, den Gegenbeweis erbringen durch Nachweis einer Frühgeburt (die Konzeption musste schon in die Ehe fallen). Weiter ist der Spielraum im B. G.-B. durch Einführung des Prinzips der Ehelichkeit durch Geburt. Dem Ehemanne, der die Ehelichkeit

[76]) Bekker, I, § 56, Beilage, I c, tut dies.

eines vor dem 181sten Tage nach dem Tage des Eheabschlusses geborenen Kindes durch einfache Leugnung des vorehelichen Geschlechtsverkehres anficht, kann allerdings nicht von der Gegenseite der Beweis erbracht werden, dass eine Frühgeburt vorgelegen hat, da die untere Grenze der gesetzlichen Empfängniszeit absolut ist, aber der Nachweis vorehelichen Geschlechtsverkehres wird gestattet. Gelingt er, so kommt nun der Ehemann in dieselbe Lage, in der er sich bei Geburten innerhalb des oben angeführten Zeitraumes befindet: Ihn trifft die Beweislast, ficht er die Ehelichkeit trotzdem an, denn auch voreheliche ehemännliche Beiwohnung wird für kausal gehalten.

Die Beweisrollen sind demnach je nach dem Zeitpunkte der Geburt verteilt.

Genau so wie ein direkter Beweis der Zeugung durch den Ehemann als Ding der Unmöglichkeit zu betrachten ist, ebenso ausgeschlossen muss es erscheinen, dass jemand den Gegenbeweis direkt erbringt, dieser oder jener Ehebrecher sei der Vater des von der Ehefrau geborenen Kindes. Ein Gegenbeweis kann ebenfalls nur auf indirektem Wege, durch Indizien erbracht werden.

Die folgenden Paragraphen handeln hauptsächlich vom Gegenbeweise bei Geburten, die vom 182sten Tage der Ehe bezw. vom 181sten Tage nach dem Tage des Eheabschlusses ab bis zum 300sten bezw. 302ten Tage nach der Ehe erfolgen.

II. Widerlegung der präsumierten Ehelichkeit im einzelnen.

§ 7: l. 6 Dig. l, 6 und die gemeinrechtlichen Kontroversen.

Was die Präsumtion des ehelichen Geschlechtsverkehres widerlegen könne, darüber herrscht lebhafter Streit im Gemeinen Rechte. „Die gemeinrechtliche Kontroverse ist aber wohl wesentlich darauf zurückzuführen, dass man die verschiedenen in Betracht kommenden Punkte nicht immer genügend aus einander hielt.“[77] l. 6 D. 1, 6 ist die vielumstrittene Quellenstelle: ‚Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti

[77]) Knitschky, S. 13.

filium. Non tamen ferendum Julianus ait cum qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdin cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse'.

Diese Quellenstelle führt ausser dem Falle der Zeugungsunfähigkeit (den schon Ulpian der Impotenz gegenüberstellt) nur Fälle an, welche die Zeugungsmöglichkeit durch den Ehemann ausschliessen, weil der Ehemann eben nicht die Beiwohnung vollzogen hat.

Die Ansicht jener Gemeinrechtstheoretiker,[78]) die verlangen, dass Unmöglichkeit der Zeugung zum Gegenbeweise gegen die Vermutung dargetan werden müsse, stimmt mit der der römischen Juristen überein.

Wenn man von anderer Seite[79]) den Beweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung verlangte, so war schon diese augenscheinliche Trennung von den Worten der Quellenstelle geeignet, einige Verwirrung bei der Gegenbeweisführung hervorzurufen, da ja der Begriff „Unmöglichkeit" an und für sich engere oder weitere Fassung zulässt und die Anhänger dieser Theorie uns eine unzweifelhafte Auslegung des Begriffes schuldig geblieben sind.[80])

Dann soll wieder der Gegenbeweis gegen die Paternitätspräsumtion nur auf Unterlassung der Beiwohnung gerichtet sein dürfen,[81])

---

[78]) Arndts, § 39; Wächter, Pand., II, S. 599; Wendt, S. 39; Dernburg, III, S. 52, Anm. 9; Seuffert, Pandekten I, S. 49: „Beweis der Unmöglichkeit"; Keller, II, S. 216; Bernhöft in d. Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft, IV, S. 237; Kuhlenbeck, I, S. 159; Roth, II, S. 280; Sicherer, S. 90; Stobbe, IV, S. 313; Fuchs, S. 16; nicht ganz klar Savigny, II, S. 390: Entkräftung nur durch den Beweis der „völligen Unmöglichkeit"; auch in der Praxis wurde obige Ansicht erfreulicherweise vertreten: Seuffert, II, No. 186; VIII, No. 229; XI, No. 11; XII, No. 36; XVII, No. 115; XXII, No. 287; XXIX, No. 4,1; XXXIV, No. 86, 87; XXXV, No. 267; XXXVIII No. 205.

[79]) Bähr, S. 203; Brinz, I, S. 141; Stintzing, a. a. O., S. 449; Seuffert, I, No. 162; XXIV, No. 207; XXXX, No. 90 (hier Beweis auch infolge Zeugungsunfähigkeit gestattet).

[80]) Bei der zuerst genannten Theorie, die „Unmöglichkeit der Zeugung" verlangt, erscheint die Auslegung des Wortes „unmöglich" doch verhältnismässig einfacher.

[81]) Windscheid, I, § 56b, Anm. 2.

sodass die Kausalitätsvermutung, ebenso wie bei der vorigen Theorie, zur praesumtio iuris et de iure gemacht wurde; doch davon weiter unten.

Wollte man aber gar die Beweisführung nur bei physischer Unmöglichkeit der Beiwohnung gestatten oder lediglich dem abwesend gewesenen oder impotenten Ehemanne die Anfechtung einräumen,[82]) so war man damit auf einen ganz engen Kreis von Gegenbeweismöglichkeiten gekommen und hatte Ulpians Worte ‚vel alia causa' gründlich übersehen. Soweit will ja die l. 6 nicht gehen, die Unmöglichkeit des concumbere zu verlangen;[83]) allein der Umstand, dass der Ehemann ‚non concubuit', soll genügen. Der uneheliche status wird doch sicher festgestellt, wenn die Unterlassung der Beiwohnung seitens des Ehemannes klar erwiesen ist. Dass das Gegenbeweis-Soll nicht strenger sein darf, sagt eben das Wesen der bestrittenen Sache selbst. Dieser Gedanke findet sich auch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis hier und da ausdrücklich hervorgehoben.[84])

Eine Einschränkung des Gegenbeweises gegen die Beiwohnungsvermutung lässt sich also nicht rechtfertigen, da die Quellen nichts davon wissen. Die so überaus verworrene Ausgestaltung der Beweislehre in der gemeinrechtlichen Theorie und nicht minder in der Praxis kennzeichnet aber das verflossene Jahrhundert. Sinn und Inhalt jener l. 6 kannte man und musste man wohl recht gut kennen, aber man wünschte aus Bequemlichkeitsrücksichten, um sich manchmal lästige Beweise vom Halse zu schaffen, manches in der Stelle gestrichen. Dem Wunsche entsprechend handelte man dann auch: Es wurde etwas Neues fingiert, die Worte der Quellenstelle aber ignorierte man gehörig. Ein anderes Moment für die Emanzipierung

---

[82]) R. G. Entsch., Bd. XII, S. 165; Glück, Bd. 28, S. 134; Sintenis, III, § 138.

[83]) Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 59, S. 54: „Es würde gegen die klaren Worte des Gesetzes gehen, wenn darin ausgedrückt gefunden werden wollte, es müsse zum Beweise der Illegitimität die Unmöglichkeit ehelicher Beiwohnung während der kritischen Zeit dargetan werden."

[84]) Beweis des Nichtstatthabens der Beiwohnung hervorgehoben bei: Seuffert, I, No. 162; II, No. 186; XX, Nr. 198 (mit ausführlicher Begründung): „Allein davon, dass der Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermutung nur durch den Beweis der physischen Unmöglichkeit des Beischlafes zwischen den Ehegatten in der fraglichen Zeit hergestellt werden könne, ist in dem fr. 6 cit. keine Rede"; XXIX, No. 4, II; Stobbe, IV, S. 314.

von den Quellen dürfte noch die strenge Beweistheorie des Gemeinen Rechtes abgegeben haben. Die Einengung der Beweismöglichkeiten bei der Anfechtung wird dann aus dem Umstande heraus erklärlich gefunden werden, dass nach jener Theorie das Bestreben dahin ging, den Richter bei seinem freien Ermessen Fesseln anzulegen durch Aufstellung allgemeiner Beweisregeln. Bedeutete denn aber wirklich die Beschränkung eine Erleichterung für den an die Beweisregeln gebundenen Richter? Ich verneine dies. Das freie Ermessen des Richters wird trotz alledem noch eine grosse Rolle spielen müssen.

Man ist vielfach im Gemeinen Rechte der Ansicht gewesen, es solle über die Unterlassung der ehemännlichen Beiwohnung unmittelbar nicht Beweis erhoben werden, um ein Aufdecken der ehelichen Geheimnisse zu verhüten. Das mag ja nun in mancher Hinsicht als ganz löblich erscheinen, hilft aber auf die Praxis übertragen herzlich wenig. Der Richter kann doch das Eindringen in das Eheleben nicht vermeiden. Wenn man zum Gegenbeweise verlangt, es sollen Tatsachen erbracht werden, „durch welche sich das Unterbleiben des ehelichen Beischlafes nicht nur erklärt, sondern abweichend von dem in der gesetzlichen Vermutung angenommenen normalen Zustande als berechtigte Folgerung von selbst ergiebt",[85]) so möchte ich gern wissen, welche Tatsachen da genügen werden, um den Richter ohne näheres Eingehen auf die ehelichen Verhältnisse von der Unehelichkeit eines Kindes zu überzeugen.

Darin liegt eben der Fehler, den auch jene Theoretiker und Praktiker machen, wenn sie in der Absicht, dem Richter seine Aufgabe zu erleichtern, erklären, es seien Tatsachen anzuführen, welche die Beiwohnung unter den Ehegatten zur Unmöglichkeit machen. Sie übersehen ganz, dass die Beschränkung des Beweises gegen die Ehelichkeitsvermutung, welche sie einer formellen Beweislehre schuldig zu sein glauben, vollkommen ihren Zweck verfehlt, da doch Begriffe wie Abwesenheit oder Impotenz nichts weniger als fest begrenzt, vielmehr äusserst dehnbar sind. Deshalb wird man nicht umhin können, mag auch der Ehemann von seiner Ehefrau nach seiner Behauptung ständig abwesend gewesen sein, die Frage aufzuwerfen, ob es nicht trotzdem zu einer geschlechtlichen Vereinigung kam. Schliesslich ist ehelicher Zwist genau so ein Grund wie Abwesenheit oder Impotenz, um den Richter von der Unmöglichkeit

[85]) Seuffert XIX, Nr. 9.

ehelicher Beiwohnung zu überzeugen. Das eheliche Leben wird also doch aufgedeckt werden müssen; ebenso wenig kann man aber, selbst wenn der Gegenbeweis nur in obigem beschränkten Umfange zugelassen ist, der freien Beweiswürdigung entraten, denn es dürfte schwer halten, hier eine allgemeine Regel darüber aufzustellen, was notwendig sei, um den Richter von der Unehelichkeit eines Kindes zu überzeugen.

Der Kreis der Beweismöglichkeiten soll und kann demnach nicht eingeschränkt werden, denn es heisst in l. 6 l. c. klar und deutlich ‚vel alia causa non concubuisse'. Der soeben erwähnte eheliche Zwist bildet nicht die einzige alia causa des Nichtstatthabens ehelicher Beiwohnung. Es sind Trennungen der Eheleute denkbar, die man kaum mit dem gewöhnlichen Begriffe „Abwesenheit" bezeichnen wird. Ich meine eine Trennung am gleichen Orte, wie z. B. Haft des einen oder andern Ehegatten, längeres Verweilen in einem Krankenhause. Hier sehen wir, dass „Abwesenheit" doch ein sehr schwankender Begriff ist. Trennung der Eheleute durch Haft oder andere Freiheitsstrafe ist ja auch eine Art Abwesenheit, ob man jedoch hier von vorn herein jede Möglichkeit der Beiwohnung in Abrede stellen darf, möchte ich bezweifeln. Sollte aber deswegen dem Ehemanne oder anderen Interessenten die Möglichkeit gänzlich genommen werden, die Ehelichkeit eines bei Bestehen eines solchen Zustandes empfangenen Kindes anzufechten? Einen Fall von Abwesenheit, aus dem eine absolute Folgerung für die Unehelichkeit eines Kindes sich ergeben müsste, kann man sich überhaupt schlecht denken, es sei denn, dass man einen solch' krassen Fall im Auge hätte, wo beispielsweise der Ehemann sich lange Zeit im Eismeere aufhält. Im übrigen sind aber unsere Verkehrsverhältnisse heute derartig, dass sich eine Rückreise selbst von den entferntesten Punkten der Welt in dem Zeitraume, der die gesetzliche Empfängniszeit ausmacht, wohl bewerkstelligen liesse. Ich gebe zu, dass man vor hundert und mehr Jahren allerdings eine Erleichterung beim Gegenbeweise insofern hatte, als der Beweispflichtige damals noch, wenn er sich auf Abwesenheit während der kritischen Zeit berief, nur den Beweis dafür zu erbringen hatte, dass er sich da oder dort aufgehalten. Die geringe Entwicklung des Verkehres ersparte das Eingehen des Richters auf die Frage, ob nicht doch geschlechtlicher Umgang zwischen den Eheleuten stattgefunden. Für den Anfang des vorigen

Jahrhunderts lässt sich also ganz gut eine Reihe von Fällen denken, wo der Richter in der Lage wäre, ohne weiteres, sobald der Aufenthalt des Ehemannes zur bestimmten Zeit an einem bestimmten von dem Wohnorte der Ehefrau weit entfernten Orte feststand, absolute Unmöglichkeit der Beiwohnung anzunehmen.

Von grösster Bedeutung bei Feststellung der Unehelichkeit des Kindes muss naturgemäss, besonders im Falle ungetrennter Gemeinschaft, ein Geständnis der Ehefrau werden. Das blosse Zugeben ehebrecherischen Verkehres ist freilich belanglos, da ja trotz des Ehebruches der Frau der Ehemann der Vater des Kindes sein könnte, und demnach die Rechtsordnung den Ehebruch an und für sich für unerheblich zum Nachweise der Unehelichkeit erklärt und den möglichen Vater auch zunächst wirklichen Vater sein lässt. ‚. . . Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse'.[86]) Wenn jedoch die Mutter offen und ehrlich ihren Ehebruch eingesteht und ausserdem erklärt, ihr Mann habe ihr während der ganzen Empfängniszeit nicht beigewohnt, weil er sich von dem unerlaubten Verkehre seiner Frau überzeugen wollte, dann wird man wohl mit dieser Aussage rechnen müssen. Der Aussage der Ehefrau jede Bedeutung zu versagen, geht nicht an und lässt sich nicht aus l. 29 § 1 D. 22, 3 [87]) rechtfertigen, wie von verschiedener Seite angenommen wird.[88]) Die Worte ‚veritati locum superfore' sind in jenem Falle, wo es sich lediglich um einen Racheakt der Ehefrau handelt, sehr wohl angebracht. Sie können doch aber unmöglich auf jedes Geständnis, auch das leidenschaftslos abgegebene, bezogen werden.[89]) Vorsicht ist gewiss geboten, besonders einer etwaigen Kollusion beider Ehegatten gegenüber. Die Umstände des einzelnen Falles werden für den Richter

---

[86]) l. 11 § 9 D. 48, 5. Das Gegenteil behauptet Cocceji, l. 1 t. 6 qu. 6: ‚quod proclivior in adulteram libido faciliorem naturaliter partum reddere videtur.'

[87]) ‚Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professa est. Quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta; respondit, veritati locum superfore.'

[88]) Glück, II, S. 276; Regelsberger, I, S. 280; Roth, II, S. 281; Burckhard, S. 338.

[89]) Fuchs, S. 63; Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 59, S. 70; Bernhöft, a. a. O., S. 239; Schmidt, S. 473; Seuffert, XX, No. 198; XXIX, No. 4, II.

ausschlaggebend sein, ob er einem Geständnisse eine Einwirkung auf sein Urteil beilegen darf oder nicht.

Als wichtiges Beweismittel beim Nachweise der Unehelichkeit wird auch der Eid in Betracht kommen. Ja, es kann nicht geleugnet werden, dass er in vielen Fällen die einzige Rettung für die klagende Partei sein dürfte. Denn wie soll der Ehemann den Richter beim Vorliegen ehelicher Zwistigkeiten voll überzeugen von der Unterlassung der Beiwohnung? Da kann nur ein Eid über nicht stattgehabte Beiwohnung helfen. Die Entbehrung eidlicher Bekräftigung gerade hier in den Statusprozessen hiesse ausserordentlich die Möglichkeit des Nachweises beschränken, mögen auch Bedenken gegen die Zulassung derselben gewiss erhoben werden können. Sowohl der richterliche, wie der zugeschobene Eid werden aushelfen müssen.[90]) In einer peinlichen Lage wird sich dabei freilich häufig die Mutter des Kindes befinden, wenn sie Gegenpartei oder als Zeugin aufzutreten gezwungen ist. Durch §§ 641 und 617 der Civilprozessordnung[91]) schützt man die Ehefrau wenigstens, wenn ihr Mann die Anfechtungsklage angestrengt hat. Ihr auch Dritten gegenüber diesen Schutz zu gewähren, dazu fehlt es uns an einer gesetzlichen Bestimmung. Man kann der Ehefrau demnach in solchen Fällen die Eidesleistung nicht ersparen.

Die zweite gesetzliche Vermutung nimmt an, dass das Kind gerade aus dem Geschlechtsverkehre, den die Ehegatten mit einander pflegen, hervorgegangen sei: Kausalität der ehemännlichen Beiwohnung d. h. Nichtberücksichtigung etwaiger ehebrecherischer Akte der Ehefrau. Wie wird nun diese Kausalitätsannahme widerlegt? Die schon zitierte l. 6 D. 1, 6 führt eine Art des Gegenbeweises an: ‚Si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit.‘ Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes wäre also ein Umstand, aus dem sich die Annahme erfolgreicher ehemännlicher Beiwohnung widerlegen liesse.[92]) Damit soll aber die Möglichkeit des Gegen-

---

[90]) so: Engelmann, Bl. f. R., 59, S. 38; Fuchs, S. 64, für Erfüllungseid, aber gegen Eideszuschiebung, ebenso wie Regelsberger, I, S. 280; und Bekker, I, § 56, Beilage II, b, 3; überhaupt dagegen Glück, II, S. 277; für den Eid: Seuffert, XX, No. 198; XXXVIII, No. 205.

[91]) neuer Fassung, nach alter: §§ 592 b und 577.

[92]) Fuchs, S. 48 ff, dessen sonstigen Ausführungen ich nur zustimmen kann, hat bedauerlicherweise Impotenz und Zeugungsunfähigkeit neben einander gestellt, denn er führt auch letztere im Abschnitte „Unfähigkeit zur

beweises nicht erschöpft sein. Das ergiebt jedenfalls schon die Quellenstelle selbst, denn beim Gegenbeweise gegen die Beiwohnungsvermutung will sie durch Einfügung der Worte ‚vel alia causa' die Beweismöglichkeiten nicht beschränkt wissen, also kann man die Einschränkung des Gegenbeweises gegen die Kausalität der ehemännlichen Beiwohnung auf den einzigen angeführten Fall schwerlich verfechten.

Ein sicherer, vielleicht der sicherste Gegenbeweis gegen die Ehelichkeit des Kindes ist als erbracht anzusehen, wenn dargetan wird, dass das Kind einer ganz anderen Race als der der Eheleute angehört.[93]) Gewisse Unähnlichkeitsmerkmale z. B. fremde Gesichtszüge genügen dagegen allein nicht, um die Unehelichkeit des Kindes zu erweisen. Wenn sich wirklich bestimmte Ähnlichkeit der Gesichtszüge des Neugeborenen mit einer dritten Person bemerkbar macht, so können diese Merkmale keinerlei Berücksichtigung verdienen, denn sie lassen einen sicheren Rückschluss auf die etwaige Zeugung durch einen Ehebrecher nicht zu, also bleibt der mögliche Vater, der Ehemann, auch zunächst wirklicher Vater. Die Kausalitätsannahme muss weiter als widerlegt gelten, wenn der Nachweis der Konzeptionsunfähigkeit der Ehefrau zur Zeit der ehemännlichen Beiwohnung geführt worden ist. Die Ehefrau war absolut konzeptionsunfähig, als der Ehemann ihr beiwohnte, weil sie bereits empfangen hatte. Die Befruchtung konnte durch den Ehemann zur Zeit nicht mehr eintreten. Nun wird man freilich sich die Schwierigkeit eines Nachweises bereits bestehender Schwangerschaft bei erfolgender ehemännlicher Beiwohnung nicht verschweigen können, da es sich hierbei immer um die ersten Schwangerschaftsmonate handelt; denn liegen Befruchtung durch den Ehebrecher und ehemännliche Beiwohnung allzu lange aus einander, so würde letztere wohl kaum noch in die gesetzlich fixierte Empfängniszeit hineinreichen, und der Ehemann könnte seinen Gegenbeweis auf Nichtstatthaben der Beiwohnung während der kritischen Zeit stützen. Trotz der Schwierigkeit aber dürfen wir einen derartigen Beweis, der, wenn geliefert, doch ebenfalls sehr bündig die Unehelichkeit eines Kindes feststellt, nicht

---

Beiwohnung" an. Zu obigen Worten der Quellen bemerkt er: „Hierher gehören schwere Krankheiten des Körpers und des Geistes, endlich auch hohes Alter."

[93]) Fuchs, S. 74; Engelmann, Bl. f. R., Bd. 59, S. 83; Dernburg, III, § 28; Stobbe, IV, S. 315.

von vorn herein für unzulässig erklären.[94]) Anders steht es im Falle relativer Konzeptionsunfähigkeit: Die Ehefrau war zwar konzeptionsfähig, aber die Ehegatten suchten durch Anwendung mechanischer Mittel das Eintreten der Konzeption zu verhüten. Ob auch diesem Umstande beim Gegenbeweise einige Bedeutung beizumessen ist, wie das von Engelmann[95]) getan wird, erscheint mir sehr fraglich, da es sich schwerlich feststellen lassen wird, ob jene die Konzeption verhütenden Mittel bei ihrer Unzulänglichkeit in der Tat die Wirkung gehabt haben, die man von ihrer Anwendung erwartete.

Von dem wichtigsten Beweismittel gegen die Kausalitätsannahme, der Argumentation aus dem Reifegrade des Kindes, soll in einem besonderen Paragraphen die Rede sein.

Jene gemeinrechtliche Theorie, die Unmöglichkeit der Zeugung zum Nachweise der irrigen Annahme des Satzes: ‚Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant' verlangte, wurde im allgemeinen den Erfordernissen, die wir auf Grund der Quellen an den Gegenbeweis stellen müssen, gerecht, wenn man von einzelnen Beweisarten, welche die Anhänger dieser Theorie zum Teil speziell ausschlossen, absieht. Bei allen anderen Theorien des Gemeinen Rechtes aber, die ich bei Widerlegung der Vermutung des ehelichen Geschlechtsverkehres anführte, sind leider mehr oder minder empfindliche Lücken festzustellen. Man hat dabei ganz ausser Acht gelassen, dass sich die Ehelichkeitsvermutung: ‚P. v. i. c., q. n. d.' doch, so einheitlich wie sie auch aussehen mag, in zwei wichtige und nicht durch einander zu werfende Annahmen zerlegen lässt. Und wenn man die Erfordernisse, die an einen Gegenbeweis zu stellen sind, derartig hoch schraubte, dass man den Beweis der nicht erfolgten Beiwohnung, Unmöglichkeit derselben oder gar physische Unmöglichkeit u. s. w. dargetan wissen wollte zwecks Erweisung der Unehelichkeit, so war man denn doch gar zu weit vom rechten Wege abgewichen und hatte auf die Weise von der Möglichkeit der Widerlegung der zweiten im Satze: ‚P. v. i. c., q. n. d.' steckenden Ver-

[94]) Der Beweis wird anerkannt von: Engelmann, Bl. f. R., 59, S. 74; Stobbe, IV, S. 314; Seuffert, XIII, No. 123; XVII, No. 115; dagegen Regelsberger, I, S. 279; Seuffert, XXXXIII, No. 255.

[95]) a. a. O., S. 73.

mutung gänzlich Abstand genommen, die Kausalitätsannahme also vollkommen ignoriert. Die Ehelichkeitsvermutung bekam damit sehr zu Unrecht den Charakter einer Fiktion.[96]) [97])

§ 8: B. G.-B., § 1591, Absatz 1, Satz 2: die „offenbare Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann.

Der erste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches hatte im § 1469 alte Fehler wieder aufgefrischt. „Die im § 1468 bezeichnete Vermutung kann nur durch den Beweis entkräftet werden, dass der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit, so weit diese in die Zeit während der Ehe fällt, mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen hat." Die Kausalitätsvermutung ward wie im preussischen Landrechte zur praesumtio iuris et de iure erhoben. Die Ehelichkeitsvermutung wäre somit wiederum im Falle der Beiwohnung des Ehemannes mitunter zur „Fiktion" geworden.

Diese Regelung, die allzu grossen Bedenken gegen die Sicherheit bei der Gegenbeweisführung entsprang, musste auf Widerspruch stossen. Von berufener Seite[98]) befürwortete man eine Beseitigung der ganz und gar nicht modernen Anschauungen Rechnung tragenden, gleichzeitig aber auch höchst ungerechtfertigten Bestimmung und trat für die Zulassung anderer Beweisarten ein. Dem ist denn auch in der zweiten Kommission Beachtung geschenkt worden. Die Reichstagsvorlage hat im § 1569, Absatz 1, Satz 2 (heute § 1591) die Bestimmung: „Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat."

---

[96]) Nach A. L.-R., II, 2, § 2 hat die Kausalitätsannahme gleichfalls fiktiven Charakter. Was die Beiwohnungsvermutung widerlegen könne, ist heftig bestritten gewesen wegen der unglücklichen Fassung der §§ 3 und 4 des genannten Titels; vgl. Koch, A. L.-R., III, S. 272[7].

[97]) Nach code civil, a. 312, sind nur Abwesenheit und durch einen äusserlich erkennbaren Unfall hervorgerufene physische Unmöglichkeit der Beiwohnung allein als Gegenbeweise zugelassen. Sogar das natürliche Unvermögen, die impuissance naturelle, wird im code civil gestrichen; vgl. in dieser Hinsicht Crome-Zachariae, III, S. 452[26] und S. 453[27a].

[98]) so z. B. Gierke in der Zusammenstellung gutachtlicher Äusserungen, IV, S. 348.

Die Ansicht allerdings, die der Antragsteller von der „offenbaren Unmöglichkeit“ hat und entwickelt, kann nicht gebilligt werden. „Der Antragsteller habe dem Erfordernisse, dass die Unmöglichkeit eine offenbare sein müsse, die weitergehende Bedeutung beigelegt, dass es sich um eine ähnliche Beschränkung des Gegenbeweises handle, wie im § 270, Absatz 1 (§ 313 der Reichstagsvorlage) des zweiten Entwurfes. Er habe bemerkt: Die gesetzliche Regel mache ihre Geltung nicht davon abhängig, dass im einzelnen Falle nicht überwiegende Gründe für die Annahme des Gegenteils beigebracht werden könnten, sondern sie wolle ohne Zulassung einer solchen Prüfung gelten und schliesse von ihrem Bereiche nur solche Fälle aus, in welchen ohne die Nachforschung nach Umständen, deren Erörterung sie abschneiden wolle, ein Tatbestand vorliege, der ihre Anwendung mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar mache.“[99]) Diese „weitergehende Bedeutung“ kommt den Worten „offenbar unmöglich“ nicht zu, kann ihnen auch gar nicht zukommen. Da hat der Antragsteller nicht an die realen Verhältnisse gedacht. Es dürfte schwer fallen, solche Tatsachen herauszufinden, wo der Richter ohne nähere Erörterung unweigerlich sagen müsste, hier in diesem Falle kann die Ehelichkeitsvermutung keine Anwendung finden, denn die Anwendung derselben wäre Unverstand. Der Gegenbeweis hätte so eine ausserordentliche Erschwerung und auch Einschränkung erfahren.

Nein, in diesem Sinne soll „offenbar unmöglich“ nicht gefasst werden! Das Kind ist nicht ehelich, wenn die Erzeugung durch den Ehemann der Mutter „offenbar“ d. h. zweifellos „unmöglich“ ist. Es wird dadurch eben nur besondere Strenge auf seiten des Richters bei der Prüfung der Beweismittel verlangt. Nur wenn er vollkommen überzeugt davon ist, dass der Ehemann nicht der Vater des Kindes sein kann, darf er die Unehelichkeit desselben aussprechen. Verkehrt aber wäre es durchaus, wollte man, wie der Antragsteller, den Worten die Bedeutung beimessen, dass nun nur bestimmte Arten des Gegenbeweises Geltung haben sollten. Übrigens ist jene vom Antragenden vertretene Anschauung der Protokolle wohl kaum weiter berücksichtigt worden; schon in der zweiten Kommission selbst war man darüber anderer Meinung und bezweifelte, dass „in dem Erfordernis der offenbaren Unmöglichkeit eine Beschränkung der Erörterung zu finden sei“. Vielmehr wird allseits

[99]) Protokolle, IV, S. 464.

nur betont, dass besondere Schlüssigkeit des Beweises zur Dartuung der Unehelichkeit gefordert werden müsse.[100]) Bleibt das Gericht in irgend einer Hinsicht schwankend, erscheint die Erzeugung durch einen Dritten nur als sehr wahrscheinlich, dann muss der Ehemann der Mutter, als möglicher Vater, auch weiterhin die Rolle des wirklichen Vaters spielen.

„Offenbare Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann liegt unzweifelhaft vor, wenn die Beiwohnungsvermutung erfolgreich widerlegt worden ist. Es erscheint mir notwendig, hier etwas näher auf den Begriff „Beiwohnung" einzugehen, gleichzeitig zwecks Ergänzung des im vorigen Paragraphen Ausgeführten. Es kann unter Umständen sehr zweifelhaft sein, ob man im gegebenen Falle nicht von einer geschlechtlichen Vereinigung sprechen kann oder doch, ob also die Beiwohnungsvermutung als widerlegt anzusehen sei oder ob ihre Widerlegung als misslungen gelte.

Die normale Beiwohnung setzt sich zusammen aus immissio penis und emissio seminis. Hat beides stattgefunden, so ist geschlechtliche Vereinigung unleugbar. Wie aber, wenn von klägerischer Seite die Behauptung aufgestellt wird, es sei nicht zur emissio seminis gekommen infolge Unterbrechung der Beiwohnung oder aus andern Gründen?[101]) Kann damit die Beiwohnungsvermutung erfolgreich widerlegt werden? Vom medizinischen Standpunkte aus unterliegt es keinem Zweifel, dass in diesem Falle von einem coitus nicht die Rede sein kann, denn Beiwohnung ohne Befruchtungsmöglichkeit ist eben keine reguläre Beiwohnung. Theoretisch klingt das ganz schön. Der Jurist müsste es auch annehmen, wenn die Sache sich praktisch nicht äusserst schwierig gestalten würde. Das Übel besteht in der nur zu grossen Unsicherheit einer derartigen Feststellung. Darum kann man mit Recht der Behauptung des Nichtstatthabens der emissio wegen Unterbrechung des coitus skeptisch sich gegenüberstellen.[102]) Ein solcher Einwand seitens des Ehe

---

[100]) Staudinger, IV, § 1591, Anm. 4; Engelmann, Bl. f. R., Bd. 63, S. 72; Planck, IV, § 1591, Anm. 2; Knitschky, S. 13ff; Opet, S. 18ff; eine Sonderstellung nimmt Endemann ein (Bd. II, S. 837f): „Ein offenkundiger, augenscheinlicher, daher ohne Verletzung der Familiengeheimnisse zu ermittelnder Tatbestand wird gefordert."

[101]) Der Mann wandte Mittel an, die eine emissio seminis in die Scheide verhüten sollten.

[102]) Die absolute Verhütung der emissio seminis in die Scheide durch die Anwendung mechanischer Mittel lässt sich auch nicht dartun.

mannes wird daher auch dort, wo er überhaupt Erwähnung findet, für unbeachtenswert und nicht geeignet zur Widerlegung der Beiwohnungsvermutung erklärt.[103]) Der Anfechtende hat ja immer noch die Möglichkeit nachzuweisen, dass die Kausalitätsvermutung nicht zutreffe.

Weniger Schwierigkeiten verursacht jener Fall, wo keine immissio penis, wohl aber eine emissio seminis vor sich gegangen ist. Die Befruchtung ist, wie die medizinische Wissenschaft lehrt,[104]) hier nicht gänzlich ausgeschlossen. Wir werden daher nicht umhin können, im Rechtssinne eine Beiwohnung in einem solchen Falle anzunehmen. Die Erzeugung des Kindes durch den Ehemann erscheint zwar unwahrscheinlich, nicht aber „offenbar unmöglich". Die kausale Wirkung einer derartigen Beiwohnung kann ja gleichfalls noch bestritten werden.

Mit Erfolg wird die Beiwohnungsvermutung weiter widerlegt durch den Nachweis der Beischlafsunfähigkeit. Die impotentia coeundi hat entweder absoluten oder relativen Charakter. Absolute Impotenz schreibt sich her vom Mangel der Hoden. Diese Impotenz schliesst auch eine Beiwohnung im Rechtssinne aus.[105]) Missbildung der männlichen Geschlechtsteile wie bei Epispadie[106]) kann höchstens relativ impotent machen. Die Einführung des Gliedes in die Scheide ist vielleicht wegen der Kürze desselben ein Ding der Unmöglichkeit, nichtsdestoweniger darf eine Befruchtung, falls dennoch emissio seminis stattgefunden, nicht als ausgeschlossen gelten.

Gleichfalls relativen Charakter trägt die Impotenz bei Verwundung oder Verstümmelung des Gliedes.

In allen diesen Fällen wird ohne Frage das Sachverständigen-Urteil eine grosse Rolle spielen. Die Konstatierung des einen oder anderen derartigen Übels allein vermag jedenfalls nicht den Gegenbeweis gegen die Beiwohnungsvermutung zu erbringen. Dieselbe kann nur in dem Falle ohne weiteres als widerlegt gelten, wenn der Nachweis geführt worden ist, dass der Ehemann z. B. Kastrat ist.

---

[103]) Seuffert, XVIII, No. 253; Opet, S. 20; Mantey, S. 81; Hirsch, S. 71.

[104]) Schürmayer, §§ 89 und 97.

[105]) Hirsch, S. 66, geht entschieden zu weit, wenn er auch bei Impotenz Beiwohnung im Rechtssinne annimmt.

[106]) Real-Encyclopaedie, V, S. 20.

In zweifelhaften Fällen von Impotenz wird dagegen der Eid, den das B. G.-B. nicht ausgeschlossen hat, die einzige Rettung sein bei der Widerlegung der Beiwohnungsvermutung.[107])

Ebenso ergiebt sich die Notwendigkeit der Eidesleistung, sei es nun des zugeschobenen, sei es des richterlichen Eides, wenn die ständige Abwesenheit des Ehemannes von seiner Frau sich nicht ganz einwandsfrei hat nachweisen lassen, oder im Falle Vorgebens ehelicher Zwistigkeiten.

Zeugnis und Geständnis der Frau bilden gleichfalls Anhaltspunkte für den Richter.

Glückt der Beweis der Nichtbeiwohnung, so ist die Unehelichkeit des Kindes erbracht.[108]) Gelingt es jedoch dem Ehemanne nicht, die Beiwohnungsvermutung zu entkräften, oder wird, falls die Empfängniszeit ausserhalb der Ehe zu liegen kommt, dem Ehemanne gegenüber, der die Beiwohnung bestritten, der Nachweis geführt, dass er dennoch seiner Frau vorehelich beigewohnt habe, so steht ihm noch der Beweis offen, dass seine Beiwohnung für die Empfängnis des Kindes nicht kausal wirken konnte. „Offenbare Unmöglichkeit" der Kausalität ehemännlicher Beiwohnung liegt noch nicht vor, wenn der Frau ehebrecherische Akte nachgewiesen werden.[109]) Es besteht zwar keine Sicherheit der Erzeugung durch den Ehemann, aber diese Unsicherheit soll nicht zu Ungunsten des Kindes Verwendung finden. Dagegen ist es absolut ausgeschlossen, dass der Ehemann der Vater des Kindes ist in den schon oben erwähnten Fällen, also bei impotentia generandi, bei absoluter Konzeptionsunfähigkeit infolge bestehender Schwangerschaft, sowie bei

---

[107]) dafür: Staudinger, IV, § 1591, Anm. 4 a; Knitschky, S. 13 ff; Planck, IV, § 1591, Anm. 4; Spahn, S. 13; Scherer, S. 291, Eid des Mannes zulässig; Matthiass, II, S. 324, richterlicher Eid; Engelmann, S. 679, richterlicher Eid; nach Endemann, II, S. 838, Anm. 18, Eideszuschiebung nicht statthaft.

[108]) Sonderbar klingen bei Buchka, S. 330, Anm. 4, die Worte: „Der Beweis, dass der Ehemann der Ehefrau in der kritischen Zeit nicht beigewohnt hat, ist daher in der Regel allein noch nicht ausreichend."

[109]) Ganz singulär ist wohl der Standpunkt Mengers, S. 56, der zur Einrede der Untreue bemerkt: „Seltsam genug, die Einrede der Untreue gilt nach dem Entwurfe (B. G.-B.) nur für die ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft, nicht für die legitime Ehe." Die verschiedene Behandlung der Untreue ist doch nicht „seltsam", sondern durchaus notwendig, denn hätte man sonst allenthalben im Rechte diesen Unterschied gemacht?

Racenverschiedenheit zwischen Kind und Eltern.[110]) Der wichtigste Gegenbeweis aber gegen die Kausalitätsvermutung wird erbracht durch den Nachweis, dass das Kind einer Beiwohnung entstammen muss, die weiter zurückliegt als die ehemännliche oder die später als diese stattfand, also aus dem Reifegrade. Die Bedeutung dieses Beweismittels rechtfertigt die Behandlung in einem besonderen Abschnitte.

§ 9: Widerlegung aus dem Reifegrade des Kindes.

Die körperliche Beschaffenheit des neugeborenen Kindes kann in verschiedener Hinsicht bei der Lehre von der ehelichen Abstammung und ihrer Anfechtung in Betracht kommen. Von der Reife bezw. Unreife des Kindes war schon oben die Rede bei Erörterung des Charakters der gesetzlichen Empfängniszeit. Für das Gemeine Recht war ich zu dem Ergebnis gekommen, dass die Empfängniszeit der Quellen sowohl nach seiner unteren wie nach seiner oberen Grenze hin lediglich relativen Charakters sei, in jedem Falle also die Möglichkeit des Nachweises einer kürzeren oder längeren Schwangerschaft bestehe. Im B. G.-B. dagegen ist es nur zulässig, den Beweis längerer Schwangerschaft zu führen. Des Zusammenhanges wegen musste an jener Stelle der Beweis aus dem Reifegrade vorweg genommen werden. — Die Möglichkeit der Feststellung der ungefähren Konzeptionszeit einer menschlichen Frucht durch die medizinische Wissenschaft wird niemand ernstlich bestreiten. Die Schwierigkeiten, die sich dem Sachverständigen bieten, dürfen freilich nicht übersehen werden. Einen grossen Unterschied macht es dabei, ob die Reife, d. h. das Vollausgetragensein, oder die Unreife, d. h. das anormale kurze Verweilen der Frucht im Mutterleibe Gegenstand des Beweises bildet. Ein Kind, das mit allen Zeichen der Reife wie z. B. Nägeln, Haaren, normaler Länge und normalem Gewicht zur Welt kommt, muss ausgetragen gewesen sein, also mindestens 10 Mondmonate im Mutterleibe verweilt haben. Anders bei unreifem Zustande einer Neugeburt. Das Kind kommt noch sehr unentwickelt auf die Welt, kann demnach und wird auch in

---

[110]) Opet, S. 19; Hirsch, S. 73; Staudinger, IV, § 1591, Anm. 4 b; Spahn, S. 14; Planck, IV, § 1591, Anm. 2; Knitschky, S. 13ff; Kuhlenbeck, I, S. 162; Enneccerus-Lehmann, II, S. 514; nach Scherer, S. 291, Beweis aus Zeugungsunfähigkeit nicht zulässig; Krückmann, S. 450, nicht ganz klar; Cosack, II, 2, S. 530.

der Regel nicht voll von der Mutter ausgetragen worden sein. Notwendig ist aber die Annahme einer anormalen, kurzen Tragezeit beim Vorliegen der Merkmale der Unreife durchaus nicht. Es kommen Fälle vor, wo Krankheiten der Gebärenden die regelmässige Entwicklung der Frucht verhindern oder wo das Neugeborene, trotzdem es von der Mutter normaler Weise ausgetragen wurde, dennoch infolge eigener körperlicher Gebrechen in der Entwicklung aufgehalten ward und aus diesem Grunde in unreifem Zustande zur Welt kam. Darum wird der Sachverständige bei Abgabe seines Urteils über die Zeit der Konzeption sich recht genau bei Kindern, die mit den Zeichen der Unreife geboren sind, unterrichten müssen.

Es wäre nun denkbar, dass im positiven Rechte der Beweis aus dem Reifegrade nur zugelassen würde, sobald es sich darum handelte, primär uneheliche Kinder durch den Nachweis kürzerer bezw. längerer Schwangerschaftsdauer zu ehelichen zu machen, dass man einen Gegenbeweis aber aus der Reife oder Unreife des Kindes in jenen Fällen ausschlösse, wo die Geburt innerhalb des Zeitraumes erfolgte, der begrenzt wird auf der einen Seite von dem Zeitpunkte, in dem man frühestens die Konzeption in der Ehe annimmt, auf der anderen Seite von dem Termine nach der Eheauflösung, für den noch die Vermutung ehelicher Konzeption gilt. Wie stellt sich die gemeinrechtliche Theorie und die Praxis zu diesem Gegenbeweise? In jener oben mehrfach angeführten l. 6 D. 1. 6 kann man weder etwas über die Zulassung noch über den Ausschluss desselben finden. Es lässt sich daher denken, dass aus diesem Grunde wieder der Streit über eine so hoch wichtige Gegenbeweisart grossen Umfang angenommen hat. Und wenn man wenigstens grundsätzlich sich dafür oder dagegen ausgesprochen hätte. Nein, die Verwirrung wird noch dadurch vermehrt, dass man alle möglichen Unterschiede macht oder gar zwischen unehelichen und ehelichen Kindern in dieser Hinsicht sondern will. Verworfen wird da von einer Seite der Gegenbeweis aus dem Reifegrade, weil dem die Worte ‚septimo mense perfectum partum' entgegenstünden.[111]) Dabei ist Stintzing höchst inkonsequent, denn er lässt den Gegen-

[111]) Stintzing, a. a. O., S. 445: „Ist einmal die Erfahrung anerkannt, dass die nach dem sechsten Monate geborenen Kinder lebensfähig sind, so darf auch angenommen werden, dass nach Ablauf dieser Zeit die Geburt eines im höheren Grade der Reife zur Welt kommenden Kindes kein öffentliches Ärgernis giebt. Denn die Grade der Reife entziehen sich

beweis aus der Unreife bei Geburten nach Auflösung der Ehe zu (S. 441) und vertritt ausserdem auch den relativen Charakter der Empfängniszeit (S. 442).

Die genannten Quellenworte zur Begründung der Ansicht vom Ausschlusse des Gegenbeweises aus der körperlichen Beschaffenheit heranzuziehen ist m. E. äusserst gesucht. Den Sinn haben die Worte nicht. Ebensowenig wie man behaupten darf, es gehe aus jener Quellenstelle hervor, dass sexto mense partus imperfectus sei, genau so verfehlt wäre es, aus dem Worte ‚perfectus' ein Argument für den Ausschluss des Gegenbeweises aus dem Reifegrade herzuleiten. Die l. 12 hat doch nur die Aufgabe, eine Regel für die Konzeptionsvermutung aufzustellen; mit der Widerlegung kann sie nichts zu tun haben.

Die l. 6 D. 1, 6, die einzig und allein hierbei in Betracht kommen kann, da sie vom Gegenbeweise handelt, schweigt, wie gesagt, über den Reifegrad. Sie lässt jedoch nicht bloss diesen letzteren unter den Gegenbeweismöglichkeiten fort, auch andere Möglichkeiten bleiben, wie wir gesehen haben, unerwähnt. Die Stelle leidet also an offenbarer Ungenauigkeit. Die Ungenauigkeit aber dem Ausschlusse der nicht angeführten Gegenbeweisarten gleich zu achten, geht bei der Quellenstelle schlecht an. Die Ansichten über diesen Punkt sind in Theorie[112]) und Praxis[113]) geteilt.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist zwar die untere Schwangerschaftsgrenze absolut, dafür aber hat man die Möglichkeit, nach § 1592, Absatz 2 zu „Gunsten der Ehelichkeit" des Kindes

---

regelmässig dem Auge der Öffentlichkeit und dem Urteile der Laien"; Burckhard, S. 343; Wächter, de partu vivo non vitali § 6: Die l. 12 D. 1,5 rede ganz absolut und mache weiter keinen Unterschied in den Graden der Reife.

[112]) für Berücksichtigung des Reifegrades: Bernhöft, Zeitschr. f. vergleich. Rechtsw., IV, S. 238; Fuchs, SS. 68, 71; Koch, Inaug.-Diss., S. 50; Büngner, S. 111; Glück, II, S. 105, aber im Widerspruch mit XXVIII, S. 134; Cocceji, Tom. I, p. 91, lib. I, tit. 6, qu. 3; Henke, § 96; dagegen: Stobbe, IV, S. 314; Regelsberger, I, S. 280; Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 59, S. 37; Roth, II, S. 281; Arndts, § 39, Anm. 2; Windscheid, I, § 56b; Brinz, I, S. 141; Bekker, I, § 56, Beilage II; Savigny, II, S. 390, Anm. h; und die bereits Angeführten.

[113]) dafür: Seuffert, XI, No. 11; XII, No. 161; XX, No. 9; XXI, No. 8 und 9; XXV, No. 250 (aber nur bei unehelichen Kindern); dagegen: Seuffert, I, No. 161; VIII, No. 229; XIII, No. 123; XV, No. 98; XVIII, No. 109; XX, No. 10; XXI, No. 199; XXXIV, No. 86; XXXX, No. 90.

in allen Fällen den Nachweis zu führen, dass die Dauer der Schwangerschaft die 302 Tage, welche das Gesetz als Maximum annimmt, überschritten habe. Gemeinrechtlich erstreckte sich, wie erwähnt, letztere Ausnahme nur auf Geburten, die nach Lösung der Ehe erfolgten.

Ein Beweismoment muss freilich das Unterlassen jeglichen Geschlechtsverkehres seit jener so lange Zeit vor der Geburt stattgefundenen Beiwohnung, auf welche man die anormal lange Schwangerschaftsdauer zu stützen beabsichtigt, abgeben, aber dies Moment der gänzlichen Enthaltung von Beiwohnungen in der gewöhnlichen kritischen Zeit kann allein nicht genügen. Der Richter, soll er von der länger als 302 Tage andauernden Schwangerschaft im einzelnen Falle überzeugt werden und diese Überzeugung zu „Gunsten der Ehelichkeit" des Kindes verwenden dürfen, wird kaum umhin können, einen Sachverständigen über die körperliche Beschaffenheit des Kindes zu Rate zu ziehen, und zwar in jedem solchen Falle.

Wir können getrost behaupten, dass dieser Nachweis des Übertragenseins als der schwerste Beweis sich darstellt und an das freie richterliche Ermessen recht grosse Anforderungen stellt. Die Entwicklung des Kindes kann ja auch hier zufälligerweise eine Hemmung erlitten haben, die den Sachverständigen in die Lage versetzt, eine längere Schwangerschaft als 302 Tage als unwahrscheinlich hinstellen zu müssen, während andrerseits der Richter keine Veranlassung hat, die Aussage einer Witwe, nach dem Tode ihres Mannes mit keinem andern Manne geschlechtlichen Umgang gehabt zu haben, zu bezweifeln. Ob in diesem Falle, gesetzlich gesprochen, „feststeht, dass das Kind innerhalb eines Zeitraumes empfangen ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt", halte ich für sehr fraglich, denn ich meine, in derartigen Zweifelfällen gebühre dem Urteile des Sachverständigen der Vorrang.

Aber auch sonst verdient der Reifegrad nach B. G.-B. allenthalben Berücksichtigung. Dem widerspricht nicht der absolute Charakter der 181 Tage, eher spricht er dafür. Es hätte einer positiven Bestimmung bedurft, wollte man den Gegenbeweis aus dem Reifegrade nur bei der oberen Schwangerschaftsgrenze zulassen, denn die „offenbare Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann der Mutter lässt sich auf diesem Wege ebenso gut

und klar erweisen. Es ist vollkommen ausgeschlossen, dass der Ehemann der Vater des Kindes sei, dessen letzte Beiwohnung etwa am 270sten Tage vor dem Tage der Geburt stattfand, während das Kind nach dem Gutachten des Arztes nur aus einer Beiwohnung stammen kann, die höchstens 240 Tage von der Geburt zurückliegt. Lässt sich freilich nicht mit Sicherheit sagen, welche Beiwohnung für die Empfängnis kausal wirken konnte, ob die ehemännliche oder die des Ehebrechers, dann gilt natürlich der alte Satz: Der mögliche Vater, der Ehemann, bleibt weiter wirklicher Vater. Dann wird eben stets zu Gunsten der Ehelichkeit entschieden.

Erwähnung findet der Beweis aus dem Reifegrade in den Kommissionsprotokollen.[114]) Die Theorie erkennt seine Berücksichtigung in der Regel an.[115]) Dass die Motive zum ersten Entwurfe[116]) ihn ausschliessen, kann nicht Wunder nehmen, da man ja die Kausalitätsvermutung dort überhaupt nicht widerlegen darf. Wenn dieselben die „Fiktion" damit erklären: „Es ist aber als ein geringeres Übel und als ein geringeres Unrecht anzusehen, wenn ausnahmsweise ein wirklich uneheliches Kind als Kind des Ehemannes als wenn ein in Wirklichkeit eheliches Kind als ein uneheliches behandelt wird"[117]), so muss jedermann dennoch die Regelung der Gegenbeweislehre im ersten Entwurfe für eine aus allzu grosser Ängstlichkeit entspringende ungerechte halten. Die Regelung, wie wir sie nun im Gesetzbuche haben, wird schon verhüten, dass „wirklich eheliche Kinder als uneheliche behandelt" werden, da das Gesetz, um es noch einmal zu betonen, strengste Prüfung von seiten des Richters verlangt, sodass letzterer, falls auch nur ein Fünkchen Zweifel an der Unehelichkeit des Kindes in ihm aufkommt, sich stets für die Ehelichkeit zu entscheiden hat, denn „offenbar unmöglich" erscheint die Erzeugung durch den Ehemann erst, wenn jeder, auch der geringste Zweifel gewichen ist.

---

[114]) Prot., IV, S. 464.

[115]) so: Cosack, II, 2, S. 530; Endemann, II, S. 837 f; Opet, S. 19; Hirsch, S. 72; Knitschky, S. 7 ff (der die Berücksichtigung fürs Gemeine Recht nicht gelten lassen will); Kuhlenbeck, I, S. 162: Hachenburg, S. 11; Spahn, S. 14; Staudinger, IV, § 1591, Anm. 4b; Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 63, S. 73; dagegen: Matthiass, II, S. 324; Planck, IV, § 1591, Anm. 2: Reifegrad nicht unbedingt ausgeschlossen.

[116]) Mot., IV, S. 655.

[117]) Mot., IV, S. 654.

Die Berücksichtigung des Reifegrades wird bei einzelnen Arten des Gegenbeweises eine grosse Rolle spielen. Das gilt insbesondere vom Beweise durch Dartun der Abwesenheit. Wie lange die Abwesenheit des Ehemannes gedauert haben muss, um die Unehelichkeit des Kindes zu erweisen, wird sich jedesmal nach dem Grade der Reife oder Unreife der Leibesfrucht richten. ‚Aliquamdiu' hat der Ehemann seiner Frau nicht beigewohnt, weil er abwesend war.[118]) Ist das Kind unreif geboren, so liegt dem Kläger nur der Beweis der Abwesenheit oder Nichtbeiwohnung für den letzten; der Unreife entsprechenden Teil der gesetzlichen Empfängniszeit ob; trägt das Kind alle Zeichen der Reife bei der Geburt an sich, dann hat Kläger Abwesenheit oder Nichtbeiwohnung im ersten Teil der Empfängniszeit nachzuweisen. Gelang es dem Ehemanne, den Nachweis der Unterlassung der Beiwohnung aus irgend einem Grunde während der gesetzlichen Empfängniszeit zu führen, so böte sich dem Gegner dennoch Gelegenheit, die Ehelichkeit aufrecht zu erhalten, wenn er nach B. G.-B. eine Schwangerschaft dartun kann, die länger als 302 Tage gedauert hat, oder, wie es gemeinrechtlich gestattet ist, beweist, dass ein Kind nur 175 Tage z. B. getragen wurde, und der Ehemann hier in diesem frühen Zeitpunkte, dort in der Zeit, welche mehr als 302 Tage von der Geburt zurückliegt, die Beiwohnung vollzogen zu haben nicht bestreiten kann.

Auch der Gegenbeweis auf Grund bestehender Schwangerschaft ist eng mit dem Reifegrade verknüpft. Dass die Ehefrau zur Zeit der ersten ehemännlichen Beiwohnung bereits konzipiert hatte, wird sich mitunter nur aus der Reife oder Unreife des Kindes und einem Vergleiche zwischen ehemännlicher und ehebrecherischer Beiwohnung bezüglich der Zeit feststellen lassen. Der Gegenbeweis stützt sich dann ebenfalls auf die körperliche Bsschaffenheit des Kindes.

---

[118]) ‚vel alia causa'.

B. Formelles Anfechtungsrecht.

§ 10: I. Der Stand der Lehre im Gemeinen Rechte.

Dieser Teil der Anfechtungslehre ist gemeinrechtlich der allerverworrenste. Und das hat seine guten Gründe. Die Quellen geben wenig, in mancher Hinsicht gar keine Auskunft. Daher die Buntscheckigkeit im Anfechtungsprozesse des Gemeinen Rechts.

Ohne Aufschluss durch die Quellen bleiben wir zunächst über die Person des oder besser der Anfechtungsberechtigten. Hier ist eine besonders reiche Auswahl von Meinungen in der Theorie vorhanden. Es heisst da einmal, anfechten könne jeder, der ein Interesse an der Feststellung der Unehelichkeit des Kindes habe,[119]) oder, die Möglichkeit der Anfechtung ein wenig eingeengt, berechtigt soll nur jener sein, der „ein sehr hervorragendes" Interesse am status des Kindes nachweisen könne.[120]) Dann sollen wieder nur der Ehemann und das Kind, nicht aber die Ehefrau zu den Berechtigten gehören.[121]) Nach Bekker[122]) dürfen Dritte nicht anfechten, wenn der Ehemann die Anfechtung unterlassen hat. Unsern heutigen Anschauungen entspricht die Dernburg'sche Ansicht, wonach regelmässig nur der Ehemann zur Anfechtung befugt sei, während „andere Interessierte nur nach seinem Tode die Befugnis haben, eine Frage zum Austrag zu bringen, an der er zunächst ein Interesse hat".[123])

Anfechtungsgegner ist im allgemeinen das Kind, das im Falle der Minderjährigkeit einen curator bekommt. Hat es einen Vor-

---

[119]) Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 59, S. 87; Regelsberger, I, S. 281.

[120]) Fuchs, S. 77 ff: Er scheidet diese Personen in drei Klassen: a. Interessenten, die „in ihren Personenrechten verletzt würden", wenn das Kind als ehelich angesehen werde (Ehemann der Mutter und Kind selbst); b. solche, welche im Falle der Ehelichkeit materiellen Verbindlichkeiten ausgesetzt wären (Mutter, die alimentieren muss, wenn der Vater tot ist, sowie Eltern des präsumtiven Vaters); c. jene, welche „erbrechtlich Beeinträchtigung erlitten". Nichtberechtigt ist nach alledem der aussereheliche Vater.

[121]) Roth, II, S. 282.

[122]) Bd. I, § 56, Beilage II.

[123]) Pand., III, S. 53.

mund, so tritt dieser für dasselbe ein. Ficht das Kind selbst an, so sind der präsumtive Vater oder dessen Erben Gegner.

Als Anfechtungsmittel werden meist Klage und Einrede genannt. Mit Recht betont Fuchs,[124]) dass eine gerichtliche Anfechtung nicht etwa dadurch überflüssig werden könne, dass die Mutter die Ehelichkeit für ihr Kind gar nicht in Anspruch nimmt; desgleichen seien weder die Eintragung des Kindes als unehelichen im Geburtsregister noch ein Protest des angeblichen Vaters, selbst wenn er formell erfolge, im stande, in dieser Hinsicht eine Wandelung eintreten zu lassen; denn Sicherheit der Verhältnisse kann damit immer noch nicht gewährleistet werden.

Die Einrede wird praktisch, wenn von einem Kinde Rechte geltend gemacht werden, die es auf seine präsumtive Ehelichkeit stützen zu können glaubt. Erst jetzt kommen die Anfechtungsberechtigten in die Lage, gegen die Ehelichkeit zu protestieren, zumal wenn die betreffende Person vorher gar nicht ihre Ehelichkeit behauptete.

Über die Anerkennung des Kindes durch den Ehemann der Mutter und deren Folgen ist man im Gemeinen Rechte einigermassen einig. Mag dieselbe nun ausdrücklich erfolgen oder mag der Ehemann durch Erziehung und Unterhaltung des Kindes im eigenen Hause oder durch Eintragenlassen im Geburtsregister auf seinen Namen dem Kinde stillschweigend die Rechte eines ehelichen Kindes zuerkennen, jedenfalls ist man mit einigen Ausnahmen[125]) in Theorie und Praxis der Ansicht, dass die Anerkennung niemals, sobald die Ehelichkeit nicht vorhanden, letztere rechtlich begründen könne. Dazu mangelt es an einer gesetzlichen Bestimmung. Wie wir sehen werden, begründet nach B. G.-B. eine Anerkennung durch den präsumtiven Vater die Ehelichkeit ohne Rücksicht darauf, ob ihre Voraussetzungen wirklich gegeben sind. Damit wird jede spätere Anfechtung ausgeschlossen. Gemeinrechtlich aber ist durch Anerkennung keinesfalls das Anfechtungsrecht illusorisch gemacht. Die Anerkennung präjudiziert nach Gemeinem Rechte nicht. Dem anerkennenden Ehemanne muss freilich eine spätere Anfechtung entschieden versagt bleiben.[126]) Andere Beteiligte dagegen werden in

[124]) S. 75.

[125]) Stobbe, IV, S. 315; Bekker, I, § 56, Beilage I, d.

[126]) so auch: Sicherer, S. 88; Roth, II, S. 284; Fuchs, S. 42.

ihrer Anfechtungsbefugnis nicht beeinflusst, selbst das Kind wird hier wider den Willen des präsumtiven Vaters seine Ehelichkeit anfechten dürfen.[127])

Dasselbe gilt von der Anerkennung solcher Kinder, die kurze Zeit nach Eingehung der Ehe geboren werden. Sie werden durch die Anerkennung nicht unbedingt zu legitimierten Kindern.

Die Quellen enthalten keine Verjährungsfrist für die Klage, es kann nicht einmal gesagt werden, ob sie der ordentlichen Verjährung unterworfen sei. So wird denn auch gemeinrechtlich das Anfechtungsrecht regelmässig[128]) an keine Frist gebunden. Fuchs[129]) lässt das Anfechtungsrecht des Mannes durch Zeitablauf untergehen. Die Verjährung beginne frühestens mit der Kenntnis von der Geburt. Sie beginne aber nicht, solange das Kind in einer Weise behandelt werde, wie sie sich auf Grund des Anfechtungsurteiles eventuell ergeben würde.[130]) Das hört sich ganz gut an, führt aber doch auch nur schliesslich zum Prinzip der unbefristeten Anfechtung. Der Mann ist im stande, die Anfechtung bis an sein Lebensende aufzuschieben, er braucht nur ständig das Kind seiner Ehefrau als uneheliches zu behandeln, um den Beginn des Laufes der Frist zu verhüten. Auf die Weise kommt es nie zur Verjährung seines Anfechtungsrechtes. Behandelt aber der Ehemann das Kind als das seinige durch konkludente Handlungen, dann kommen wir zum Verlust seines Rechtes durch Anerkennung, hier ist also eine Verjährungsfrist überflüssig. Besser hätte Fuchs getan, die Verjährungsfrist stets mit dem Zeitpunkte der Kenntnis von der Geburt laufen zu lassen, erst dann könnte sie für den Verlust des Anfechtungsrechtes praktisch werden. Was vom Ehemann gilt, gilt auch von der Ehefrau bezw. ihrem Rechte. Die Anfechtungsbefugnis des Kindes

---

[127]) Fuchs, S. 44; Engelmann, Bl. f. Rechtsanw., 59, SS. 22,87; Regelsberger, I, S. 281; Bähr, S. 202; Stölzel, a. a. O., S. 133; Seuffert, XXII, No. 287; XI, No. 10; XXXXIV, No. 195; LI, No. 35, (bei Legitimation durch nachfolgende Ehe); R.-G.-Entscheid., Bd. XXII, S. 223.

[128]) Engelmann, Bl. f. R., 59, S. 86; Roth, II, S. 283.

[129]) S. 93 ff.

[130]) Fuchs zitiert dazu, S. 95, No. 169, Windscheids Worte (I, § 107): „Die erste Bedingung der Anspruchsverjährung ist Unbefriedigtheit des Anspruches. Solange der Anspruch befriedigt ist, das heisst, so lange der von ihm geforderte tatsächliche Zustand vorhanden ist, läuft ihm keine Verjährung."

selbst lässt Fuchs[131]) nicht verjähren, teilt demnach hier die communis opinio.

Das im Anfechtungsprozesse ergangene Urteil schafft Klarheit, ob die Rechtsvermutung in Geltung bleibe oder nicht. Es gilt wie in andern Statussachen der Satz: ‚Iudicium facit ius inter omnes.'[132]) Jeder kann sich nun auf die festgestellte Ehelichkeit bezw. Unehelichkeit berufen. Damit aber das Feststellungsurteil im angegebenen Sinne wirken könne, muss es folgenden Bedingungen genügen: Der Rechtsstreit ist von einem iustus contradictor zu führen. Ob der präsumtive Vater, der zwar der nächste contradictor ist, auch einzig iustus sei, bezweifle ich.[133]) Es muss zweitens kontradiktorisches Verfahren stattgefunden haben, es darf also nicht ein Kontumacialurteil ergangen sein.[134]) Endlich würde Kollusion unter den Parteien den Eintritt der absoluten Rechtskraft des Urteils verhindern.[135])

Ob man sich vor Erledigung des Rechtsstreites auf die Unehelichkeit stützen könne, ist bestritten geblieben. In der Frage, wann gegen den wirklichen Vater, den Ehebrecher, vorgegangen werden könne, äussern sich Theorie und Praxis meist dahin, dass die Alimentenklage erst nach Feststellung der Unehelichkeit zuzulassen sei.[136]) Eine Rolle spielt ein solcher Unterschied nicht, denn lässt man die Alimentenklage schon vorher zu, so muss eben die Unehelichkeit incidenter festgestellt werden. Macht die Mutter Alimentationsansprüche gegen einen Dritten geltend, so hat sie jedenfalls, wenn die Unehelichkeit des Kindes noch nicht feststeht, dieselben zu begründen, d. h. die Ehelichkeitspräsumtion zu entkräften. Der Dritte kann sich also auf die Vermutung berufen.[137])

---

[131]) S. 97.

[132]) vgl. l. 1 § 16 D., l. 2, l. 3 pr. D. 25,3: . . . ‚Quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur, quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat: sive filius non fuit sive fuit, esse suum (l. 2) in omnibus causis (quare et fratribus consanguineus erit): (l. 3) sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: placet enim eius rei iudicium ius facere.'

[133]) vgl. Savigny, VI, S. 473 f.

[134]) anders Engelmann, Bl. f. R., 59, S. 97.

[135]) vgl. zu den Bedingungen: l. 3 D. 40, 16; l. 27 § 1 D. 40, 12; Tit. D. 40, 16; Fuchs, S. 93; Savigny, a. a. O.

[136]) Engelmann, Bl. f. R., 59, S. 88; Seuffert, II, No. 296; XXXV, No. 267.

[137]) Engelmann, a. a. O., S. 88; Seuffert, XXXIV, No. 87.

II. Die Lehre nach B. G.-B.

§ 11: Die Geltendmachung der Unehelichkeit.

I. Eine wichtige Neuerung unseres bürgerlichen Gesetzbuches springt sogleich jedem in die Augen: die enorme Befugnis des Ehemannes der Mutter. Während früher Dritte ohne Rücksicht auf Einverständnis des Mannes sofort in der Lage waren, die Frage der Unehelichkeit des Kindes zum Austrag zu bringen, legt das B. G.-B. im Anschluss an das preussische Landrecht[138]) zunächst die Geschicke des Kindes vollkommen in die Hände des Ehemannes. Solange er lebt, soll nur er befugt sein, dem Kinde die Ehelichkeit zu rauben (§ 1593). Die Denkschrift zum Entwurfe eines B. G.-B. äussert sich zu diesem exorbitanten Rechte des Ehemannes folgendermassen: „Auf diesem Wege wird wenigstens in grossem Umfange eine einheitliche Gestaltung der vielfachen, durch die Ehelichkeit bedingten Rechtsverhältnisse erreicht und die Zahl schwieriger, das Familienglück gefährdender Prozesse vermindert.“[139]) Gewiss, es ist nicht zu verkennen, dass bei Zulässigkeit uneingeschränkter Geltendmachung der Unehelichkeit die Familie recht empfindlich zu leiden hat. Dieser Umstand aber, sowie die Möglichkeit, mit dieser Regelung die Zahl der Prozesse zu vermindern, können für den Gesetzgeber allein nicht massgebend gewesen sein. Der im Gesetz enthaltenen Regelung liegt, wie ich annehme, ein anderer Gedanke noch zu Grunde. Der Mann ist bei der Sache zunächst materiell der Hauptinteressierte, denn er hat das Kind zu unterhalten. Darum soll er auch vor andern Personen, die daneben interessiert sind, deren Interesse man aber nie mit dem seinigen auf eine Stufe stellen kann, etwas voraushaben. Ob der Ehemann „nach deutschrechtlicher Auffassung“ in der Lage ist, ganz unbeschränkt über den Personenstand des Kindes seiner Ehefrau Verfügung zu treffen, bezweifle ich.[140]) Jedenfalls ist es eine gesunde Forderung, wenn man vom Gesetzgeber verlangt, dass er zunächst auf den Ehemann Rücksicht und zwar schonende nimmt. Die Praxis muss erst lehren, was wir von dem Auswege, den der Gesetzgeber gewählt hat, zu halten haben. Ich bin der Meinung, dass auch bei der Regelung

---

[138]) Teil II, § 2, §§ 7, 20.

[139]) Denkschrift, S. 322.

[140]) Prot., IV, S. 467.

der Geltendmachung der Unehelichkeit in der vorliegenden Weise immer noch die Interessen aller Beteiligten ihren befriedigenden Ausgleich finden dürften, wenn von Ausnahmefällen abgesehen wird. Denn ist der Ehemann von der Unehelichkeit des Kindes seiner Ehefrau überzeugt, so wird er auch in der Regel zur Anfechtung schreiten. An der Ehre seiner Frau liegt ihm dann gewiss nichts mehr. Unterlässt er die Anfechtung aus Rücksicht auf seine oder seiner Frau Verwandten, so ist das entschuldbar; dieser Umstand bezw. der Gedanke an derartiges Unterlassen der Anfechtung kann nicht für geeignet gefunden werden, das Prinzip von dem zunächst ausschliesslichen Rechte des Ehemannes ins Wanken zu bringen. Suchen die Verwandten die Anfechtung zu hintertreiben, lediglich um die Familienehre rein und fleckenlos zu erhalten, so müssen sich eben Dritte, ausserhalb der Familie stehende Interessierte, damit zufrieden geben. Die Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau erklären ihr Einverständnis mit der Nichtanfechtung dadurch, dass sie den Ehemann davon zurückhalten, und nehmen so das Kind, dessen Herkunft von jenem zweifelhaft ist, in ihre Mitte auf. Die Folgen dieser Handlungsweise haben sie nun ebenso zu tragen wie die Eheleute. Wenn hier die Ehelichkeitsvermutung fiktiven Charakter annimmt, so geschieht das nur unter Billigung aller Hauptbeteiligten.

So werden sich m. E. meist jene Fälle entwickeln, wo man die Anfechtung unterlassen hat. Ich übersehe allerdings nicht die Fälle, bei welchen der Ehemann aus ethisch zu verwerfenden Gründen heraus es für besser halten wird, von einer Anfechtung der Ehelichkeit abzusehen. Der ausserehelichе Vater findet ihn beispielsweise durch eine hohe Summe ab und veranlasst so sein Schweigen oder das dem Kinde zugewendete Gut ist bereits von solcher Höhe, dass der Ehemann der Mutter die Nutzniessung dieses Kindesvermögens nicht gern missen möchte. Die Fiktion wird dann seitens des Ehemannes lediglich zwecks Erlangung materieller Vorteile benützt. Hier kann man freilich die Bestimmung einer so ausgedehnten Befugnis des Ehemannes im Gesetz lebhaft bedauern. Schmutzigen Operationen wird dadurch Vorschub geleistet. Aber man darf nicht ungerecht sein bei der Beurteilung der gesetzlichen Anordnung. Ebenso wie der Ehemann durch winkende Vorteile bewogen werden kann, die Ehelichkeit des Kindes aufrecht zu erhalten, in gleicher Weise können umgekehrt Dritte, wenn die Anfechtung unbeschränkt

gestattet sein würde, aus verwerflichen Motiven z. B. aus Hass gegen den Ehemann Gelegenheit bekommen, gegen die Ehelichkeit des Kindes vorzugehen, wobei ihr sonstiges Interesse an der Feststellung der Unehelichkeit den blossen Deckmantel abgeben muss. Bleibt der Ehemann, solange er lebt, ausschliesslicher Herr der Anfechtung, so wird er gegen Manipulationen unberufener, häufig nichts Gutes im Sinne habender Dritter wirksam geschützt.

Das Prinzip des B. G.-B. zeigt deutlich den gewaltigen Unterschied vom Gemeinen Rechte. Dort steht die Anfechtung jedem frei, der beteiligt ist, mögen die Handlungen des Ehemannes ausfallen wie sie wollen. Im B. G.-B. ist man gegen den Ehemann machtlos. Rührt er sich nicht zur Anfechtung innerhalb einer bestimmten Frist, dann ist die Ehelichkeit des Kindes für immer rechtlich begründet, stände auch die Abstammung des Kindes von einem andern Manne noch so offenkundig fest.

Für die Fideikommiss- und Lehnsanwärter macht das Gesetz in dieser Hinsicht keine Ausnahme. Sie können also ebensowenig wie andere Interessierte trotz des Schweigens des Ehemannes gegen die Ehelichkeit des Kindes vorgehen. Jedoch sollen nach Artikel 59 des Einführungsgesetzes zum B. G.-B. die landesgesetzlichen Bestimmungen über Familienfideikommisse sowie Lehen unberührt bleiben. Obwohl also die Feststellung der Unehelichkeit, wenn der Ehemann seines Rechtes verlustig ging, den Anwärtern nicht gestattet werden kann auf Grund von § 1593, so könnten dennoch die Landesgesetze denselben in der Weise zu Hülfe kommen, dass sie z. B. die Sonderregelung träfen, bloss durch Anerkennung eheliche Kinder bleiben von der Fideikommiss- oder Lehnsfolge ausgeschlossen.[141])

Hat aber der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes angefochten oder ist er verstorben, während er noch im Besitze des Anfechtungsrechtes war oder bevor er dieses Recht geltend machen konnte, dann steht die Geltendmachung der Unehelichkeit einem jeden zu, der Interesse daran hat. Hatte also der Ehemann bei seinem Tode das Anfechtungsrecht noch nicht verloren, so sind nicht allein seine Erben zur Geltendmachung befugt.[142]) Eine Scheidung unter den Erben lässt sich schwer begründen. Man könnte da mitunter zu ungerechten Resultaten gelangen. Den Geschwistern des präsumtiv ehelichen Kindes wird das Recht der Geltendmachung verweigert,

[141]) Planck, IV, § 1593, Anm. 4.

[142]) A. L.-R., II, 2, § 20, u. code civil, a. 317, erwähnen nur sie.

wenn ihr Grossvater stirbt. Das präsumtiv eheliche Enkelkind kann also von der Erbfolge nicht ausgeschlossen werden. Beim Vorversterben des Grossvaters vor dem Vater dagegen erbt letzterer, bei dessen Tode das in seiner Hinterlassenschaft steckende grossväterliche Gut dem präsumtiv ehelichen Kinde von seinen Geschwistern entrissen werden kann, da dieselben als Erben des Vaters anfechten dürfen. Ebenso muss den Erben der Geschwister des Kindes und dann auch seinen eigenen Erben dieses Recht gestattet sein. Natürlich gehört nach B. G.-B. zu den berechtigten Personen die Mutter des Kindes und das Kind selbst, aber auch der aussereheliche Vater desselben. Die meist interessierte Person von diesen dreien bleibt die Mutter. Sie wird vielleicht ähnlich wie ihr verstorbener Ehemann aus materiellen Rücksichten die Unehelichkeit ihres Kindes nicht geltend machen wollen, denn sie bekommt nach dem Tode ihres Mannes die elterliche Gewalt und damit die Nutzniessung am Vermögen des Kindes, welches manchmal gross sein kann. Aber, während der Ehemann ein exklusives Anfechtungsrecht hatte, konkurriert die Witwe mit vielen anderen Interessenten, die gleichberechtigt mit ihr sind. Will sie also gegen die Ehelichkeit des Kindes nicht vorgehen, so können dies ja immer noch andere tun.

Vom moralischen Standpunkte aus kann man ja freilich die Berechtigung der gewesenen Ehefrau überhaupt sehr missgünstig betrachten. Es bleibt doch immerhin eine recht grosse Schamlosigkeit, wenn es eine Frau über sich bringt, dem eigenen Kinde die Stellung eines ehelichen Kindes zu entziehen. Und das wird sie doch auch ausserdem nur tun, wenn es ihr Vorteile verschaffen bezw. ihr Lasten abwälzen hilft. Das Kind steht seiner Mutter z. B. bei der Beerbung ihres Mannes im Wege.

Dem Kinde selbst kann ein Vorgehen gegen seine eigene Ehelichkeit unter den Voraussetzungen des § 1593 nicht genommen werden, da ihm die Stellung als unehelichen Kindes unter Umständen vorteilhafter sein dürfte[143]) und das Kind doch am allerwenigsten eine ungünstige Behandlung im Gesetz verdient hätte.

Für den unehelichen Vater wäre die Feststellung der Unehelichkeit von Wichtigkeit bei seiner Verheiratung mit der Ehebrecherin

[143]) Z. B. sein wahrer Vater, der ja nach geschehener Feststellung gemäss § 1708ff unterhaltungspflichtig wäre, ist ein vermögender Mann, während der verstorbene fingierte parens nichts hinterlässt.

(was gestattet werden kann), wenn er die elterliche Gewalt über das Kind an sich ziehen will.

II. Nur das Vorgehen des Ehemannes der Mutter des Kindes gegen die eheliche Abstammung desselben nennt unser Gesetzbuch Anfechtung, das Vorgehen Dritter dagegen ist als blosse Geltendmachung der Unehelichkeit gekennzeichnet. Wenn demnach die § 1593 folgenden §§ 1594 - 1599 nur von Anfechtung reden, so sind sie eben ausschliesslich für das Vorgehen des Ehemannes gegen die präsumierte Vaterschaft geschaffen. Dritte Personen machen die Unehelichkeit geltend und zwar nicht nach den §§ 1594—99, sondern nach den gewöhnlichen Regeln.

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes äussert sich verschieden, je nachdem das Kind, dessen Ehelichkeit von ihm angefochten werden soll, noch am Leben oder bereits verstorben ist. Bei Lebzeiten des Kindes kann der Ehemann sein Recht nur geltend machen im Wege einer Anfechtungsklage (§ 1596, Abs. 1).[144]) Dieser Weg allein gewährleistet eine unumstössliche Feststellung des Personenstandes des Kindes.[145]) Bei einer blossen Erklärung, mag dieselbe nun gerichtlich oder aussergerichtlich stattfinden, bleibt immer noch die Unsicherheit über den Stand des Kindes bestehen. Zur Erzielung absoluter Klarheit vermag nur das im Prozesse ergehende Urteil zu verhelfen. Die Anfechtungsklage trägt nun doppelte Bedeutung. Einmal hat sie den Charakter des Rechtsgeschäftes, weil sie Anfechtungsakt ist, zum andern wird durch sie der Rechtsstreit anhängig, der auf Feststellung der Unehelichkeit des Kindes gerichtet ist.

Gegner der Klage des Ehemannes ist naturgemäss das Kind (§ 1596, Abs. 1). Zu diesem Behufe muss dem Kinde, falls es minderjährig ist,[146]) erst ein Pfleger nach §§ 1630, Abs. 2 und 1909 bestellt werden. Es liegt ein Fall der Behinderung nach § 181 beim Gewalthaber vor, denn derselbe kann den Prozess nicht gegen sich selbst führen. Die Beantragung der Ernennung eines Pflegers zur Vertretung des Kindes im Anfechtungsprozesse ist selbstverständlich Sache des Gewalthabers, da ja beim Fehlen des Pflegers

---

[144]) Zuständig ist nach §§ 70, 23 G. V. G. das Landgericht des Wohnsitzes des Ehemannes, da das Kind nach § 9 B. G.-B. den Wohnsitz des Vaters bekommt.

[145]) A. L.-R., II, 2, § 7 verlangte ganz unbestimmt eine „gerichtliche Erklärung".

[146]) Was wohl regelmässig der Fall sein dürfte, da sich die Anfechtung seitens des Ehemannes schwerlich so lange verzögern wird.

die Einleitung des Prozesses unmöglich ist. Die Notwendigkeit einer Prozesspflegschaft fällt bei der Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes fort, da hier die Mutter während der Dauer der Ehe (§ 1685) die Ausübung der elterlichen Gewalt bekommt, der Vormund des Ehemannes demnach die Anfechtungsklage, die er, wie wir sehen werden, für den Ehemann ausnahmsweise erheben darf, gegen die Mutter zu richten hat. Die Pflegschaft für das Kind kann auch der Ehefrau übertragen werden, wenn keine Besorgnis besteht, dass die Interessen des Kindes dadurch Schaden erleiden.

Die Klage gegen Mutter und Kind zugleich richten zu lassen,[147]) halte ich für sehr unzweckmässig. Eine schwere Schädigung des Kindes steht dann zu erwarten, wenn seine Interessen mit denen seiner Mutter kollidieren, da beide notwendige Streitgenossen werden und die Mutter dem Kinde präjudizieren kann. Die Nebenintervention steht ja auch bei uns jederzeit der Mutter offen, wenn sie ihr Kind unterstützen will. Die Regelung nach B. G.-B. ist daher entschieden vorzuziehen.

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist Ausfluss des Familienrechtes und darum höchst persönlich. Der Mann darf nicht auf einen Dritten die Anfechtungsbefugnis übertragen (§ 1593, Abs. 1).[148]) Ebenso wenig giebt es eine negotiorum gestio bei der Anfechtung, denn das wäre Vertretung im Willen. Der geschäftsbeschränkte Ehemann hat zur Anfechtung nicht die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nötig (a. a. O.). Nur bei vorliegender Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes sah sich das Gesetz gezwungen, eine Ausnahme zu gestatten. Hier soll die Vertretung im Willen durch den gesetzlichen Vertreter erlaubt sein. Derselbe kann daher mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für den untähigen Ehemann die Anfechtungsklage erheben (§ 1595, Abs. 2): Einem etwaigen Abwesenheitspfleger kommt diese Ausnahmebefugnis jedoch nicht zu.[149]) Dieser soll den Abwesenden nach § 1911 nur in

---

[147]) so: code civil, a. 318.

[148]) Der Anwalt, der Vollmacht zur Klageerhebung erhält, ist nicht ein solcher Dritter.

[149]) so: Opet, S. 23; Boschan, S. 305; Planck, IV, § 1595, Anm. 2; Kuhlenbeck, I, S. 164; Staudinger, IV, § 1595, Anm. 1; Mot., IV, S. 668 [hiernach soll der Vormund auch nicht befugt sein; die Bedenken gegen eine solche Befugnis sind durch die heutige Regelung beseitigt]; Boehm, S. 84; im Gemeinen Rechte: Stobbe, IV, S. 317, Anm. 35; Bekker, I, § 56, Beilage II, d; Seuffert, I, No. 164; anders Schmidt, S. 485 (vgl. A. L.-R., II, 18, § 19); in unserm Sinne auch: Stölzel, a. a. O., S. 133, Anm. 41.

seinen Vermögensangelegenheiten, soweit erforderlich, vertreten. Bei der Anfechtung kommen zwar auch vermögensrechtliche Momente mit in Betracht, aber sie bilden nicht das Primäre. Die Anfechtungsangelegenheit muss vielmehr in erster Linie als rein familienrechtliche angesehen werden, weswegen nur ein voller Vertreter, nämlich der Vormund, an Stelle des Ehemannes als Berechtigter fungieren kann. Von einem ad hoc, speziell für die Anfechtung ernannten Abwesenheitspfleger kann natürlich ebenfalls keine Rede sein, wie dies noch die preussische Vormundschaftsordnung (§ 90) gestattete.

Ist das Kind bereits vorverstorben, ehe der Ehemann zur Anfechtung seiner Ehelichkeit kam, so hat letztere zu erfolgen durch eine in öffentlich beglaubigter Form „gegenüber" dem Nachlassgerichte abzugebende Anfechtungserklärung (§ 1597, Abs. 1). Sie kann demnach auch schriftlich abgegeben werden. Nachlassgericht ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Kindes zur Zeit seines Todes.[150]) Das Nachlassgericht hat den Erben des Kindes über die erfolgte Anfechtungserklärung eine Mitteilung zugehen zu lassen. Personen, die ein rechtliches Interesse glaubhaft machen, können die Erklärung einsehen und eine beglaubigte Abschrift verlangen (§ 1597, Abs. 2; § 34, Satz 2, F. G.).

Mit der Abgabe der Erklärung tritt die Rechtswirkung ein. Jeder kann nach § 1593 die Unehelichkeit nun geltend machen. Eine Untersuchung darüber, ob die Erklärung des angeblichen Vaters begründet war, steht dem Gerichte bezw. der Behörde nicht zu, sie findet nur gelegentlich eines Rechtsstreites über Ansprüche statt, die von jemandem infolge der Annahme der Ehelichkeit bezw. Unehelichkeit des verstorbenen Kindes erhoben werden. Auf die Weise kann sich der Streit über die Abstammung des Kindes sehr in die Länge ziehen.

Von der Vertretung gilt dasselbe wie bei der Anfechtung durch Erhebung der Anfechtungsklage. Das Erklärungsrecht ist gleichfalls höchst persönlich. Gewillkürte Stellvertretung bleibt ausgeschlossen, hier auch bei der Erklärung des Willens. Ein geschäftsbeschränkter Ehemann giebt die Erklärung ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ab. Bei der Geschäftsunfähigkeit hilft man sich wieder. In diesem Falle darf der gesetzliche Vertreter mit

---

[150]) § 72, F. G.; oder die durch die Landesgesetze für zuständig erklärte Behörde (a. 147 E. G. zum B. G.-B.).

Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Anfechtungserklärung dem Nachlassgerichte gegenüber machen.

Die Form der Anfechtung, welche nach den §§ 1596 und 1597 für den Ehemann Geltung hat, findet, wie schon erwähnt, keine Anwendung, wenn dritte Interessenten in die Lage kommen, die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen. Voraussetzung ihrer Befugnis ist, dass der Ehemann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Dritte können nach den gewöhnlichen Regeln vorgehen, durch Feststellungsklage oder auch incidenter. An die ehemännliche Frist, von der im folgenden Paragraphen die Rede sein wird, sind sie nicht gebunden,[151]) wohl aber an die Verjährungsfrist, der ihr Anspruch unterliegt, den sie auf die uneheliche Abstammung stützen. Hatte der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes erfolgreich angefochten, so beginnt diese Verjährungsfrist mit dem Tage der Rechtskraft des Urteils, dass die Unehelichkeit ausspricht, zu laufen; starb der Ehemann noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist, so ist der Anfangstermin der Verjährung der Todestag des Ehemannes.

§ 12: Erlöschen der Anfechtungsbefugnis des Ehemannes durch Zeitablauf oder Anerkennung.

Im Gegensatze zum Gemeinen Rechte, im Anschluss aber an viele neuern Kodifikationen kennt auch das B. G.-B. einen Ausschluss des Rechtes des Ehemannes durch Ablauf einer bestimmten Frist. Die Idee des Gesetzgebers ist dabei die, es soll in möglichst kurzer Zeit im Verhältnis zwischen dem Ehemanne der Mutter und dem Kinde derselben Klarheit geschaffen werden.

Hat der Ehemann sein ausschliessliches Recht nicht binnen Jahresfrist (§ 1594) seit Kenntnis der Geburt des Kindes ausgeübt, so findet ein Erlöschen des Rechtes statt. Erlebte der Ehemann den Ablauf der Frist, ohne im Falle voller Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsbeschränktheit die Anfechtungsklage gegen das Kind erhoben bezw. beim Tode des Kindes die Anfechtungserklärung abgegeben zu haben, so ist damit jede Geltendmachung der Unehe-

[151]) Das Gegenteil behauptet Scherer, S. 296: Nach dem Tode des Ehemannes laufe nur noch „diejenige Frist, welche für den Ehemann gelaufen wäre". Sch. steht mit dieser Ansicht vereinzelt da.

lichkeit abgeschnitten (§ 1593). Das Kind muss nun unbedingt ehelich bleiben und kann dementsprechend diese seine Ehelichkeit gegen jedermann zur Geltung bringen.

Nicht empfehlenswert erscheint es, die Frist verschieden zu bemessen, je nachdem der Ehemann zur Zeit der Geburt des Kindes am Orte derselben sich befand oder nicht, und im letzteren Falle die Frist erst mit der Rückkehr des Mannes laufen zu lassen.[152]) Hat der Ehemann zur Zeit der Geburt seinen Aufenthalt im Auslande, und besteht dort für ihn die Möglichkeit, seine Anfechtungsklage anzubringen, so ist nicht einzusehen, warum der Lauf der Frist erst beginnen soll, wenn der inländische Boden betreten wird. Da erscheint doch die einjährige, gleichmässig angewandte Frist vorteilhafter, im übrigen auch für den im Auslande weilenden Ehemann genügend lang bemessen, wenn man unsere heutigen Verkehrsmittel in Betracht zieht.

Die Frist des § 1594 ist eine Ausschluss- und keine Verjährungsfrist, demnach von Amtswegen zu berücksichtigen. Nichtsdestoweniger sollen aber die Verjährungsvorschriften der §§ 203 und 206 des B. G.-B. zur Anwendung kommen (§ 1594, Abs. 3). Die Frist wird danach durch den Stillstand der Rechtspflege oder durch Eintritt höherer Gewalt, die dem Ehemanne die Anfechtung unmöglich machen, im Laufe gehindert, soweit die Behinderung des Ehemannes in den letzten sechs Monaten eintritt (§ 203).

War der Ehemann schon zur Zeit der Geburt geschäftsunfähig, so beginnt der Lauf der Frist erst mit dem Momente, in welchem der gesetzliche Vertreter als solcher von der Geburt des Kindes Kenntnis erlangt hat, frühestens also mit seiner Bestellung. Falsch erscheint es mir aber, die Frist auch in dem Falle frühestens mit der Bestellung des Vormundes beginnen zu lassen, wenn die Entmündigung bezw. Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes einige Zeit nach seiner Kenntnis von der Geburt eingetreten ist.[153]) Die Frist für den Vormund beginnt hier nach meiner Meinung schon im Momente, wo der Ehemann von der Geburt erfuhr. Eine Hemmung der Frist tritt natürlich ein und zwar dauert dieselbe von der Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses bis mindestens zur Bestellung des Vormundes.

---

[152]) so: code civil, a. 312ff.

[153]) so: Knitschky, S. 28f.

Versäumte der Vormund die rechtzeitige Anfechtung, so soll das dem Ehemanne nichts schaden. Er ist dann nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit in gleicher Weise zur Anfechtung befugt, wie wenn er keinen gesetzlichen Vertreter gehabt hätte (§ 1595, Abs. 2, Satz 2). Die Frist kann nach § 206 in diesem Falle ehestens nach sechs Monaten nach dem Zeitpunkte abgelaufen sein, in dem der Ehemann wieder voll geschäftfähig geworden ist oder doch wenigstens Geschäftsbeschränktheit erlangt hat. Die ganze Anfechtungsfrist erhöht sich so unter Umständen bis zu $1^1/_2$ Jahren, wenn z. B. die Geschäftsunfähigkeit des Mannes kurz vor Ablauf der einjährigen Frist eingetreten war.

Es lässt sich denken, dass auf diese Weise der Personenstand des Kindes mitunter recht lange in der Schwebe bleiben dürfte. Nehmen wir an, dass der Ehemann an unheilbarem Wahnsinne litte und keine Aussicht bestände, dass er jemals in seinem Leben auch nur geschäftsbeschränkt wieder werden kann, so bleibt es, wenn der Vormund die Anfechtung unterlassen hat und der geisteskranke Ehemann sein trauriges Dasein lange führt, oft ein Menschenalter hindurch ungewiss, ob das Kind seiner Ehefrau ehelich oder unehelich ist. Und erlöst den Ehemann der Tod, ohne dass eine Besserung zu konstatieren war, so sind noch obendrein dritte Interessenten zur Geltendmachung der Unehelichkeit befugt, da der Ehemann ja verstarb, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben.

Die Fuchs'sche[154]) Ansicht hat das B. G.-B. nicht rezipiert. Wie auch der Ehemann der Mutter das Kind derselben behandeln möge, die einjährige Ausschlussfrist beginnt ohne Rücksicht darauf stets mit dem Momente der Kenntnisnahme[155]) von der Geburt seitens des Ehemannes. Fuchs müsste allerdings Recht haben, wenn es sich hier um eine gewöhnliche Verjährungsfrist handeln würde, was aber doch nicht der Fall ist, wie der genannte Schriftsteller selbst zugiebt.[156])

Schon oben war gelegentlich der Besprechung der Geltendmachung der Unehelichkeit durch Dritte betont worden, dass die §§ 1594—1599 ausschliesslich für das Anfechtungsrecht des Ehemannes bestimmt sind, demnach die Präklusivfrist des § 1594, Abs. 1 sich nicht auf Dritte beziehen könne. Es geht daher auch nicht

---

[154]) S. 93ff; vgl. § 10 der Abhandlung.
[155]) mit Ablauf des Tages der Kenntnis.
[156]) S. 44.

an, falls der Lauf der Frist überhaupt noch nicht begonnen hatte, weil beispielsweise der Ehemann vor der Geburt des Kindes verstarb, die Gesetzesstelle analog auf die Erben des Mannes anzuwenden.[157]) Wir haben zu einer solchen Massregel absolut keine Veranlassung.

Die Befugnis des Ehemannes, ausschliesslich zunächst über die Geschicke des Kindes zu entscheiden, zeigt sich nicht bloss dadurch, dass er, ohne sein Anfechtungsrecht auszuüben, die Ausschlussfrist verstreichen lässt. Nein. Seine Machtbefugnis seiner Familie gegenüber geht noch bedeutend weiter. Soll das Kind seiner Ehefrau schon eher definitiv die Rechte eines ehelichen Kindes bekommen, so erkennt der Ehemann es einfach als das seinige an, was er auch nach dem Tode des Kindes tun kann. Im Momente einer zu Recht bestehenden Anerkennung wird das Kind unwiderruflich zum ehelichen, denn nach § 1598 schliesst die Anerkennung das Anfechtungsrecht des Mannes ein für alle Mal aus und damit ist nach § 1593 auch Dritten jede Möglichkeit der Geltendmachung etwaiger Unehelichkeit des betreffenden Kindes genommen. Das bedeutet eine gewaltige Veränderung gegenüber dem Gemeinen Rechte. Nach B. G.-B. ist der Ehemann der Mutter in der Lage, durch die Anerkennungserklärung rechtlich die Verwandtschaft zu begründen, was gemeinrechtliche Theorie und Praxis allgemein für undenkbar hielten.

Zweifel an der Ehelichkeit des Kindes sind von seiten des Ehemannes nicht nötig. Sind aber auch die Zweifel bei ihm noch so gross, so wirkt dennoch die Anerkennung absolut. Ja selbst wenn es allseitig feststeht, dass der Ehemann unmöglich der Vater des Kindes seiner Ehefrau sein kann, so macht doch die Anerkennung jedem Streite ein Ende. Die ganze Sache entbehrt nicht des Komischen. Jeder Ehemann wird somit in den Stand gesetzt, vorausgesetzt, dass sich seine Ehefrau zum Ehebruche verstanden hat, sich auf leichte Weise eheliche Nachkommenschaft zu verschaffen, mag auch seine gänzliche Impotenz oder Zeugungsunfähigkeit noch so sehr offenkundig sein.

Ihrem Zwecke entsprechend kann die Anerkennungserklärung nur unbedingt und unbefristet sein (§ 1598, Abs. 2). Denkbar ist die Anerkennung überhaupt erst nach der Geburt des Kindes; in

---

[157]) Wie dies Scherer, S. 296, tut. Warum aber bloss auf die Erben? vgl. Anm. 151.

der Heirat einer schwangeren Frauensperson liegt eine solche also noch nicht.[158])

Die Anerkennung ist eine einseitige Willenserklärung, die nach dem ersten Entwurfe, § 1472, nur ausdrücklich erfolgen sollte. Nach B. G.-B. kann man auch stillschweigend anerkennen. Einen Adressaten braucht die Erklärung grundsätzlich nicht zu haben, was zweifellos für die Praxis wenig Bedeutung hat, denn stützen kann ich mich auf die Anerkennung nur, wenn ich sie zu beweisen vermag, und den Beweis wiederum erbringe ich erst, wenn ich dartue, dass die Erklärung abgegeben wurde.

Was zur stillschweigenden Anerkennung zu rechnen ist, wird sich nach dem einzelnen Falle richten. Als konkludente Handlungen müssen angesehen werden: Veranlassung der Taufe, Anmeldung zum Geburtsregister, Einsetzung des Kindes zum Erben, Erziehung desselben in der eigenen Familie u. a. m.

Das Gesetz gestattet die Anerkennung auch in einer letztwilligen Verfügung (§ 1598, Abs. 3, Satz 2). Natürlich muss diese Verfügung selbst wirksam sein, sonst äussert die Anerkennungserklärung ebenfalls keinerlei Wirkung. In der Kommission für die zweite Lesung wurde angenommen, dass die Anerkennung durch die Zurücknahme der letztwilligen Verfügung stets unwirksam werde.[159]) In der Regel wird das der Fall sein, aber der Erblasser kann ja auch bei der Zurücknahme z. B. eines Testamentes aus öffentlichem Gewahrsame erklären, dass die Anerkennung, die das Testament enthielt, in Wirkung bleiben solle. Geschieht das nicht, dann freilich ist die testamentarische Anerkennung nichts weiter wie eine im Selbstgespräch erfolgende Anerkennung, bei Rücknahme oder Vernichtung der Verfügung (beim Holographentestamente) also null und nichtig, weil der Wille nicht der Aussenwelt kund ward. Analog wie bei der Ausübung des Anfechtungsrechtes darf die Anerkennung, als hoch persönliches Recht des Ehemannes, nicht durch Vertretung[160]) erfolgen (§ 1598, Abs. 3, Satz 1). Geschäftsbeschränkte Ehemänner üben dieses Recht aus ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter. Die Ausnahme bei der Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes fällt hier fort, denn die

[158]) Das nahm Fuchs, S. 41, an.

[159]) Prot., IV, S. 471.

[160]) auch nicht in der Erklärung des Willens; wie bei der Anfechtungserklärung.

Anerkennung ist bei geschäftsunfähigen Ehemännern ausgeschlossen und zwar solange, wie die Unfähigkeit anhält. Die Ausnahme ist aber auch gar nicht nötig; durch Unterlassung der Anfechtung erzielt der gesetzliche Vertreter dasselbe Resultat, als wie wenn ihm die Anerkennung der Ehelichkeit zustehen würde. Freilich kann dieser Umstand Dritten zu Gute kommen. Die Anerkennung läge vielleicht im Interesse des Ehemannes. Der Vormund wahrt sein Interesse, indem er nicht anficht. Nun stirbt aber der Ehemann im Zustande der Geschäftsunfähigkeit; die Anfechtungsfrist lief ihm noch, als die Unfähigkeit eintrat, also stirbt der Mann im Besitze des Rechtes und Dritte können nun seinen Interessen zuwider die Unehelichkeit geltend machen.[161])

Wenn es heisst, die Anerkennung des Ehemannes verschafft dem Kinde unbedingte Ehelichkeit, so gilt dies naturgemäss nur von einem Kinde, welches die Ehefrau geboren hat. Dass ein Kind unterschoben wurde, kann trotzdem immer noch geltend gemacht werden. Ebenso steht es nicht in der Macht des Ehemannes, etwa einem Kinde, das später als 302 Tage nach der Auflösung der Ehe von der geschiedenen Frau geboren ward, durch blosse Anerkennung die Rechte eines ehelichen zu verschaffen, was auf anderem Wege, wie wir sahen, wohl möglich ist.

Wie jede Willenserklärung, so unterliegt auch die Anerkennungserklärung den Grundsätzen, welche über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gelten. Ist die Anerkennungserklärung nichtig (§§ 105, 117, Abs. 1 und 118), so gilt sie als nicht vorhanden. Einer in der vorgeschriebenen Form vorgenommenen Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes kann sie nicht entgegengehalten werden. Während aber sonst bei der Anfechtung von Willenserklärungen die im § 143 statuierte Form Anwendung finden muss (Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner), hat man für die Anfechtung der Anerkennungserklärung eine Ausnahme gemacht: Es sollen hier die Vorschriften der §§ 1595 – 1597 Geltung haben. Die Anerkennung wird danach angefochten durch Erhebung der Anfechtungsklage bezw. durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte. Die Anfechtung der Anerkennungserklärung auf diese Weise dürfte in der Regel mit der Geltendmachung der Unehelichkeit verbunden werden. Nötig ist das aber nicht gerade. Es wäre denkbar, dass der Ehemann

[161]) vgl. oben S. 62 der Abhandlung.

wohl die Anerkennung beim Nachlassgerichte durch Erklärung anficht, gegen die Ehelichkeit des Kindes aber nicht weiter protestiert. Dieses mitunter verschentliche Unterlassen spielt dann bei der Frist für die Anfechtung der Ehelichkeit eine Rolle, die in einem solchen Falle weiterläuft.

Die Anfechtung wegen Irrtums (der Mann hat sich über den Geburtstag des Kindes geirrt oder wusste nichts vom Ehebruche der Frau) hat unverzüglich zu erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Irrtume Kenntnis erlangt hat (§ 121). Mit Ablauf von dreissig Jahren seit der Anerkennung hört das Anfechtungsrecht auf. Auf die Frist zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung finden nicht nur § 203, Abs. 2 und § 206, sondern auch § 203, Abs. 1 entsprechende Anwendung (§ 1599). Dass auch § 203, Abs. 1 Anwendung finden soll, hat seine guten Gründe. Gerichtsstillstand kann sonst den Lauf der Anfechtungsfrist nicht hemmen, da der wegen arglistiger Täuschung oder Drohung Anfechtungsberechtigte lediglich seinem Gegner die Anfechtungserklärung zu machen hat. Hier soll aber die Anfechtung durch Klage bezw. Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte vor sich gehen; daher die Anwendung des § 203, Abs. 1.

Die Anfechtung der Erklärung einer Person kann nicht durch Dritte erfolgen, sondern nur von dem, der das Rechtsgeschäft vornahm. Für die Anfechtung der Anerkennungserklärung soll dagegen auch § 1595 massgebend sein (§ 1599). Ausnahmsweise darf also der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Ehemannes die Erklärung des letzteren anfechten.[162]) Der geschäftsbeschränkte Ehemann tut es ohne seinen gesetzlichen Vertreter. Unterliess der Vertreter die Anfechtung, so besteht für den Ehemann bei Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit oder doch wenigstens der Geschäftsbeschränktheit noch die Möglichkeit der Anfechtung seiner Anerkennungserklärung in der sich aus dem Anfechtungsgrunde ergebenden Begrenzung. Nach dem Tode des Mannes jedoch kann die Anfechtung unbedingt nicht mehr stattfinden. Den Erben des Ehemannes ist daher die Befugnis der Anfechtung genommen.[163]) In gleicher Weise wie durch Tod des

[162]) Der erste Entwurf (§ 1478 in Verbindung mit § 1474) versagte dem gesetzlichen Vertreter diese Befugnis.

[163]) so: Spahn, S. 20; Planck, IV, § 1599, Anm. 1; Staudinger, IV, § 1599, Anm. 3; Mot. IV, S. 674; anders Knitschky, S. 32: „Auf die Erben geht auch eine Anfechtungsbefugnis über, da nach B. G.-B. der Mann ja

Ehemannes erlischt das Anfechtungsrecht desselben dadurch, dass die Anerkennung bestätigt wird oder der Ehemann die betreffende Anfechtungsfrist, ohne etwas zu unternehmen, verstreichen lässt.

§ 13: Rechtsverhältnis während des Prozesses, Wirkung des Urteils und prozessuale Sonderheiten.

Trotz der Erhebung der Anfechtungsklage durch den Ehemann oder seinen gesetzlichen Vertreter soll keine Veränderung im Verhältnisse des Kindes zum präsumtiven Vater oder zu Dritten vor sich gehen (§ 1596, Abs. 3). Das Kind behält also bis zur Erledigung des Rechtsstreites den Namen seines präsumtiven Vaters, desgleichen kommt dem letzteren solange die elterliche Gewalt über das betreffende Kind zu, ebenso bleibt das Kind im Geburtsregister als ehelich eingetragen. Die Unehelichkeit darf nicht vor Erledigung des Prozesses anderweitig geltend gemacht werden.

Diese Bestimmung war notwendig im Hinblick auf § 1593. Blieb sie aus, so wäre die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes von jedermann sofort mit der Erhebung der Anfechtungsklage möglich gewesen; denn das eventuell die Unehelichkeit aussprechende Urteil hat ja nur deklaratorischen Charakter.

Wird daher in einem Rechtsstreite die Unehelichkeit geltend gemacht, so ist derselbe bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage auszusetzen (C. P. O. §§ 153, 155). Wir haben hier eine Analogie zum Eheanfechtungsprozesse. Absatz 3 des § 1596 bezweckt aber, und das ist weit wichtiger, auch die Ermöglichung der Zurücknahme der Anfechtungsklage bezw. Anfechtungserklärung, die ja in der Erhebung der Klage zum Ausdruck kommt, sowie Anerkennung des Kindes noch im Laufe des Rechtsstreites. Wird die Klage zurückgenommen, so sieht man die Anfechtung als nicht erfolgt an (§ 1596, Abs. 2, Satz 1). Durch Zurücknahme der Klage geht noch nicht ohne weiteres das Anfechtungsrecht verloren. Läuft

---

nicht die alleinige Entscheidung über die Frage hat, ob das Kind als eheliches oder uneheliches gelten soll, also man auch seinem Rechte nicht einen höchst persönlichen Charakter beilegen darf.“ Warum sollen dann aber nur die Erben des Mannes und nicht auch andere Interessenten dieses Recht bekommen?

vielmehr die Ausschlussfrist noch, so kann die Klage von neuem erhoben werden, es müsste denn sein, dass man aus der Art der Zurücknahme der ersten Klage seitens des Ehemannes auf eine Anerkennung des Kindes durch denselben zu schliessen berechtigt ist. Hat der Tod den Ehemann nach der Klagezurücknahme ereilt, so können nun Dritte die Unehelichkeit geltend machen, vorausgesetzt, dass der im vorigen Satze ausgesprochene Schluss sich nicht ziehen lässt. Die Zurücknahme der Klage kann ja doch beispielsweise aus dem Grunde erfolgt sein, weil der Ehemann noch nicht genügend Beweismaterial gesammelt zu haben glaubte.

Analog der Möglichkeit der Klagezurücknahme muss wohl auch in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung im Gesetzbuche die Zurücknahme der seitens des Ehemannes dem Nachlassgerichte gegenüber gemachten Anfechtungserklärung gestattet sein.[164]) Hier gilt aber etwas Besonderes. Hatte die Erklärung des Ehemannes bereits ihre Wirkung geäussert, d. h. machte schon irgend jemand davon Gebrauch durch Geltendmachung der Unehelichkeit, was doch bei der Anfechtungserklärung sofort nach ihrer Abgabe geschehen kann, so ist zweifellos das Bestimmungsrecht des Ehemannes bezüglich seiner dem Nachlassgerichte gemachten Erklärung erloschen.

Abgesehen von solchen Fällen, wird die Zurücknahme der Erklärung dieselben Folgen haben, wie sie sich bei zurückgenommener Anfechtungsklage äussern. Eine spätere Anfechtung durch den Ehemann mittelst erneuter Anfechtungserklärung halte ich jedoch für ausgeschlossen. Denn da der Ehemann bei der Abgabe der Anfechtungserklärung keinerlei Beweismittel vorzubringen braucht, so kann man mit vollem Rechte bei einer Zurücknahme der Erklärung annehmen, der Ehemann wolle die Anfechtung für immer ungeschehen machen.

Weiter soll Absatz 3 des § 1596 die Anerkennung noch während des Prozesses ermöglichen. Sie hat naturgemäss vor Erledigung des Rechtsstreites zu erfolgen. Findet die Anerkennung statt, so gilt die Anfechtung gleichfalls als nicht erfolgt.

Der Rechtsstreit wird nun einmal erledigt durch ein rechtskräftiges Urteil. Das Urteil, zu Lebzeiten beider Parteien ergangen, wirkt für und gegen alle (§ 643 C. P. O.). Rechtsgeschäfte, die

[164]) so auch Opet, S. 34.

mit gutgläubigen Dritten abgeschlossen wurden, werden hinfällig, wenn die Unehelichkeit des Kindes rechtskräftig festgestellt ist. Die absolute Rechtskraft des Urteils rechtfertigt sich infolge der Anwendung des Offizialprinzipes. Der Rechtsstreit wird aber auch zweitens erledigt durch den Tod einer Partei, sei es des Ehemannes, sei es des präsumtiv ehelichen Kindes, vor Rechtskraft des Urteils. Deshalb kann von einer Fortsetzung der vom Ehemanne erhobenen Klage seitens seiner Erben keine Rede sein.[165]) Eine solche Vererbung ist ja gar nicht nötig, denn die Geltendmachung der Unehelichkeit steht jetzt einem jeden frei, da die Wirkungen der Anfechtung trotz Erledigung des Rechtsstreites in Ansehung der Hauptsache bestehen bleiben (Klage war doch zugleich Anfechtungsakt). Aus diesem Grunde kann auch nach dem Tode des Kindes nicht mehr eine Anerkennung durch den Ehemann ausgesprochen werden. Mit Erledigung des Rechtsstreites hört hier ebenfalls das ausschliessliche Recht des Ehemannes auf.

Im Anfechtungsprozesse gelten zum Teil dieselben Sonderheiten, die in Ehesachen Anwendung finden (C. P. O. § 641). Der Staatsanwalt hat die Befugnis mitzuwirken; er kann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen zwecks Aufrechterhaltung der Ehelichkeit oder Ehelichkeitsanerkennung (§ 607). Der Bevollmächtigte des klagenden Ehemannes oder seines gesetzlichen Vertreters hat eine besondere Vollmacht nötig, deren Vorhandensein von Amtswegen zu prüfen ist (§ 613). Besonders wichtig ist die Anwendung des § 617, Abs. 1 und 2 (über Anerkenntnis, Eid und Geständnis). Hinsichtlich der Termine und des Nichterscheinens des Beklagten gilt § 618. Ein Versäumnisurteil gegen den letzteren wird danach für unzulässig erklärt. Persönliches Erscheinen einer Partei kann angeordnet werden zwecks Vernehmung über behauptete Tatsachen (§ 619). § 622, Abs. 1 erklärt das Offizialprinzip für zulässig. Die Zustellung der Urteile erfolgt von Amtswegen (§ 625). Bringt der Beklagte nachträglich Verteidigungsmittel vor, so darf die Berufungsinstanz dieselben nicht zurückweisen (§ 626 bezw. § 279). Von der Erledigung des Rechtsstreites (§ 628) war bereits oben die Rede.

Der geschäftsbeschränkte Ehemann erhält im Anfechtungsprozesse Prozessfähigkeit. Dies und die weitere Bestimmung im Absatz 2 des § 641 entspricht nur den Bestimmungen des § 1595.

---

[165]) Was Scherer, S. 296, behauptet. Das soll sogar aus dem Gesetz gefolgert werden können.

Schliesslich ist noch zu betonen, dass mit der Ehelichkeits-anerkennungs-Anfechtungsklage nur die Ehelichkeitsanfechtungsklage verbunden werden darf und dass die Erhebung einer Widerklage nicht gestattet wird (§ 641, Abs. 3).

Schluss:

§ 14: Wiederverheiratung der Frau vor Ablauf der gesetzlichen Wartezeit (B. G.-B. § 1600).

In innigem Zusammenhange mit der vorliegenden Abhandlung steht die wichtige Bestimmung des § 1600, die, wie es bei Staudinger[166]) äusserst passend heisst, einen „Konflikt" lösen soll, wenn nämlich eine Witwe oder geschiedene Frau, sei es nun mit Hintansetzung der gesetzlichen Wartezeit (des sogenannten Trauerjahres bei Lösung der Ehe durch den Tod des Mannes) oder mit Dispens von diesem impedimentum impediens, kurze Zeit nach Auflösung der ersten Ehe eine zweite eingegangen ist und dann noch innerhalb des Zeitraumes von 302 Tagen nach Lösung der ersten Ehe einem Kinde das Leben geschenkt hat, das, wenn man strikt nach den Bestimmungen der §§ 1591 und 1592 verfahren würde, ein Väterpaar bekommen müsste.[167]) Je nachdem nun das Kind vor oder nach dem 270sten Tage seit Lösung der ersten Ehe geboren wird, soll es als eheliches Kind des ersten oder des zweiten Ehemannes der Mutter behandelt werden.

---

[166]) IV, S. 377.

[167]) Über diesen schwierigen Fall und die sich daran anschliessenden Kontroversen berichtet schon Cocceji, p. 85, qu. 5: ‚Alii ei marito partum adiucant, cui similior est; alii priori, quia prior est tempore, alii posteriori, quia et diutius cohabitavit et stante eius matrimonio natus est; alii ad utrumque pertinere aiunt, alii neutrius esse.' Nach Cocceji müsse ein früher geborenes Kind als Kind des ersten, ein später geborenes als Kind des zweiten Mannes gelten. Fuchs, S. 98, will die Sache durch Gutachten von Sachverständigen entschieden wissen. Das A. L.-R. hat denselben Zeitpunkt wie das B. G.-B.

„Diese Spezialvermutung entspreche im Wesentlichen einem nicht unbeträchtlichen Teile des geltenden Rechtes, sowie in der Mehrzahl der Fälle den realen Verhältnissen und biete jedenfalls einen praktischen und sicheren Ausweg aus sonst gar nicht lösbaren Schwierigkeiten.“[168]) Die Bestimmung des § 1600 trägt also nur den Charakter einer gewöhnlichen Vermutung und kann jederzeit erfolgreich widerlegt werden. Die vom Gesetz angeordnete Zuteilung zum ersten bezw. zweiten Ehemanne muss hinfällig werden, wenn einer von den beiden Ehemännern gegen die ihm zugeschriebene Vaterschaft mit Erfolg vorgegangen ist. Der erste Ehemann hat dazu Veranlassung, wenn die Geburt innerhalb 270 Tagen nach Auflösung seiner Ehe erfolgte, der zweite Ehemann nach diesem Zeitraume.[169]) Die Ehemänner vertauschen demnach die Rollen, wenn die Vermutung der Zugehörigkeit einseitig wiederlegt wird. Protestiert aber auch derjenige Ehemann, dem infolge der erfolgreichen Widerlegung der Vaterschaft durch den andern Ehemann die Vaterschaft über das Kind zugesprochen wird, gegen seine Vaterschaft und hat er ebenfalls Erfolg, dann gilt das Kind als uneheliches. In beiden Fällen, mag nun das Vorgehen gegen die Vaterschaft bloss einseitig stattfinden oder mögen beide Ehemänner gegen die Abstammung des Kindes von ihnen protestieren, finden die in unserer Abhandlung besprochenen Anfechtungsgrundsätze entsprechende Anwendung. Lässt jener Ehemann, den die Vermutung des § 1600 zunächst angeht, bezw. lassen die Personen, welche nach seinem Tode an seine Stelle treten, die gesetzliche Vermutung bestehen, so wird letztere zur praesumtio iuris et de iure.[170]) Die Abstammung von dem im Gesetz für den Vater erklärten Ehemann steht dann unwiderruflich fest, wenn auch seine Vaterschaft noch so unmöglich erscheint.

Ob der Nachweis einer Schwangerschaft, die länger als 302 Tage gedauert hat, angängig ist, halte ich für äusserst zweifelhaft. In der Regel muss die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 1592, Abs. 2 wohl verneint werden. Folgender Fall zwingt aber

---

[168]) Prot., IV, S. 478.

[169]) Berechnung nach § 187, Abs. 1 und § 188, Abs. 2.

[170]) Nach Plank, IV, § 1600, Anm. 4, enthält der Paragraph von vorn herein eine pr. iur. et d. iure.

zur Anwendung: Das Kind wird etwa 304 Tage nach Lösung der ersten Ehe geboren, der zweite Ehemann weist vollkommene Impotenz nach, während der Ehefrau kein Ehebruch nachgewiesen werden kann. In einem solchen Falle muss man dem ersten Ehemanne die Vaterschaft beweisen dürfen, sonst bekäme das betreffende Kind überhaupt keinen Vater.